

Professor dr. juris
Erling HJELMENG
Institutt for privatrett, Universitetet i Oslo

Kontor:
Karl Johans gate 47, DM/Ø
Senter for europarett
PB 6706 St Olavs plass
0130 Oslo

Advokatfirma Arntzen de Besche
v/ Stein Ove Solberg
Pr. epost

T: 22 85 97 84
Mob: 913 21 956
@: e.j.hjelmeng@jus.uio.no

Oslo, 12. april 2016

Felleskontrollerte foretak og anvendelsen av krrl. § 10

1. Innledning	1
2. Doktrinen om samme økonomiske enhet.....	2
3. Nærmere om felleskontrollerte foretak.....	3
4. Forholdet til fusjonskontrollen.....	7
5. Vurdering og konklusjon	7

1. Innledning

Jeg er bedt om å vurdere hvorvidt konkurranseloven § 10 (forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid mellom foretak), kommer til anvendelse på koordinering mellom et felleskontrollerende morselskap og det felleskontrollerte foretaket. Spørsmålet er om avtaler mellom hvert av de felleskontrollerende morselskapene og det felleskontrollerte datterselskapet skal anses å falle utenfor samarbeidsforbudet fordi datterselskapet anses å inngå i samme økonomiske enhet som hver av mødrene.

Dette spørsmålet har ikke blitt drøftet prinsipielt av EU-domstolen. I det følgende trekker jeg først opp utgangspunktene for vurderingen av samme økonomiske enhet under § 10 (heretter sammen med EØS art. 53 og TEUV art 101 omtalt som "samarbeidsforbudet"). Deretter vurderes forholdet mellom fellesforetak og mødre mer spesifikt (pkt. 3), før jeg vurderer forholdet til fusjonsreglene (pkt. 4). Pkt. 5 konkluderer.

2. Doktrinen om samme økonomiske enhet

Krrl. § 10 er harmonisert med EØS-avtalen art. 53, som igjen tilsvare TEUV art. 101. Utgangspunktet under konkurranseloven er at det opereres med et såkalt "funksjonelt foretaksbegrep". I dette ligger at hva som bedømmes som ett og samme foretak ikke er avhengig av den juridiske formen eller organisering, men på en vurdering av de reelle beslutningslinjer i foretaksstrukturen. Under reglene om fusjonskontroll viser dette seg ved kravet om endring i "kontroll" (det foreligger litt upresist en foretakssammenslutning hvis det skjer en endring i kontrollen med foretaket). Under adferdsreglene kommer det til uttrykk gjennom den såkalte doktrinen om "samme økonomiske enhet". Også denne beror på en vurdering av kontroll: Hvis ett foretak kontrollerer et annet er de del av samme økonomiske enhet, tilsvarende hvis to søsterselskaper har en felles eier.

Konkurransereglene kan sies å bygge på den logikk at eieren av foretak vil koordinere driften i disse for å maksimere profitt. Konsekvensen av at foretak bedømmes som deler av samme økonomiske enhet er således i første rekke at avtaler mellom foretakene ikke omfattes av forbudet mot konkurransebegrensende avtaler. Idéen er at det uansett ikke vil være mer konkurranse mellom foretakene enn det eieren ser seg tjent med.

Vurderingen av om samarbeidsforbudet ikke kommer til anvendelse pga. at foretak anses som samme økonomiske enhet vil ikke utelukkende være avhengig av en vurdering av *mulighetene* for kontroll. I Centrafarm uttalte Domstolen at samarbeidsforbudet ikke kom til anvendelse på avtaler:

"between undertakings belonging to the same concern and having the status of parent company and subsidiary, if the undertakings form an economic unit within which the subsidiary has no real freedom to determine its course of action on the market, and if the agreements or practices are concerned merely with the internal allocation of tasks as between the undertakings."¹

Dette ble gjentatt i *Bodson*, der Domstolen la til at

"It is for the national court to ascertain whether such a situation exists in this case. The mere fact that holders of concessions belong to the same group of undertakings is not decisive in that regard. Account must be taken of the nature of the relationship between the undertakings belonging to that group."²

Isolert indikerer ordlyden at det er tale om to vilkår; at foretakene må tilhøre samme gruppe/konsern og avtalen som vurderes må dreie seg om intern oppgaveallokering. Ut fra uttalelsene i *Viho* kan et slikt synspunkt imidlertid neppe opprettholdes. I saken, som gjaldt 100 % eierskap (dvs. enekontroll) uttalte Domstolen at

¹ Sak 15/74 Centrafarm (ECLI:EU:C:1974:115), prem. 41.

² Sak 30/87 Bodson (ECLI:EU:C:1988:225), prem. 20.

"Parker and its subsidiaries thus 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." ³

Dette indikerer at man ikke må vurdere den enkelte avtale hvis det først foreligger en situasjon der datterselskapet ikke nyter godt av "real autonomy" i forholdet til avtaleparten (motparten). Det er dermed ikke slik at en innenfor et konsern i konkurranserettslig forstand vil godta enhver samordning som kan begrense konkurransen.

Doktrinen ble anvendt i Konkurransetilsynets avgjørelse om norske helseforetak.⁴ Helseforetakene var innklaget til Konkurransetilsynet av Privatsykehusenes Fellesorganisasjon på bakgrunn av påstått konkurransebegrensende samarbeid. Konkurransetilsynet fant at helseforetakene var del av samme økonomiske enhet, på bakgrunn av 100 % statlig eierskap, at de var underlagt samme administrative enhet, og at det *de facto* var sterk statlig styring. Krrl. § 10 kom på denne bakgrunn ikke til anvendelse på mulig konkurransebegrensende avtaler mellom foretakene.

3. Nærmere om felleskontrollerte foretak

Det er flere eksempler på at Kommisjonen har anvendt art. 101 på avtaler mellom felleskontrollert datter og felleskontrollerende mor.

I Gosmé/Martell-DMP fant Kommisjonen for eksempel at DMP, som var et joint ventures eiet 50/50 av Martell og Piper-Heidsieck, var tilstrekkelig uavhengig av morselskapene. Dermed kunne artikkel 101 anvendes på en avtale mellom joint venturet og Martell om begrensninger i adgangen til parallelleksport. Kommisjonen viste til at Martell ikke kunne kontrollere joint venturet DMP bl.a. under henvisning til 50/50 eierskap, at hver eier utpekte ½ parten av styremedlemmene og ellers foretakets selvstendige kommersielle stilling.⁵ De siste argumentene indikerer at det var tale om et full funksjons joint venture.

I Eirpage vurderte Kommisjonen et joint venture som var eiet 51/49, men hvor begge hadde likt antall medlemmer i styret, dvs. at det i realiteten forelå felles kontroll. Under henvisning til at det var tale om uavhengige foretak, anvendte Kommisjonen samarbeidsforbudet også på avtaler mellom mor og joint venture.⁶

I IJsselcentrale dreide det seg om et joint venture (SEP) kontrollert av fire eiere. Også her avviste Kommisjonen anvendelsen av doktrinen om samme økonomiske enhet, og anvendte samarbeidsforbudet på forholdet mellom mødre og datter: "it cannot be said that

³ Sak C-73/95 Viho (ECLI:EU:C:1996:405), prem. 16.

⁴ Avgjørelse 2005/21, 15. juni 2005.

⁵ [1991] OJ L 185/23, avsnitt 30.

⁶ [1991] OJ L 306/22, avsnitt 9. Joint venturet var ikke fullfunksjons.

SEP itself forms an economic unit with one or more of the generating companies. SEP is a joint venture controlled by its parent companies together."⁷

I Optical Fibres vurderte Kommisjonen flere joint ventures i UK og Frankrike der Corning i UK hadde 50 % eierskap og 40 % i Frankrike. Fellesforetakene var teknologisk avhengige av Corning, som også hadde vise vetoer, selv om det ikke var tale om kontroll. Kommisjonen la uten nærmere diskusjon til grunn at hvert joint venture representerte et uavhengig foretak, og vurderte også avtalene mellom Corning og joint venturene under forbudsbestemmelsen.⁸

Disse sakene, og særlig Gosmé/Martell-DMP, indikerer tydelig at samarbeidsforbudet kommer til anvendelse på avtaler eller samordning mellom en felleskontrollerende mor og datterselskapet. Det samme gjør Kommisjonens retningslinjer om vurderingen av ancillary restraints, der det forutsetningsvis framgår at samarbeidsforbudet kommer til anvendelse på avtaler mellom morselskap og joint ventures.⁹

Denne tilnærmingen er imidlertid ikke konsistent med nyere praksis vedrørende morselskapers bøteansvar, der felleskontrollerende mødre har blitt holdt ansvarlig for overtredelser. I Dow Chemicals kom Domstolen til at morselskaper i en slik eiersituasjon var ansvarlige for boten ilagt det felleseide selskapet, fordi alle tre selskaper *i denne relasjonen* måtte betraktes som samme økonomiske enhet. Det heter:

"Where two parent companies each have a 50% shareholding in the joint venture which committed an infringement of the rules of competition law, it is only for the purposes of establishing liability for participation in the infringement of that law and only in so far as the Commission has demonstrated, on the basis of factual evidence, that both parent companies did in fact exercise decisive influence over the joint venture, that those three entities can be considered to form a single economic unit and therefore form a single undertaking for the purposes of Article 81 EC."¹⁰

Det vil på denne bakgrunn være rom for å holde felleskontrollerende mødre ansvarlig for bøter etter forordning 1 (solidaransvar), bygget på doktrinen om samme økonomiske enhet. Det er imidlertid ikke gitt at denne doktrinen vil anvendes identisk i den materielle vurderingen av hvorvidt en avtale er omfattet av samarbeidsforbudet eller ikke. De underliggende hensynene trekker i motsatt retning: Doktrinen om samme økonomiske enhet må ses på som et unntak fra samarbeidsforbudet, og skal i den sammenheng tolkes snevert. Dersom det består et potensial for konkurransebegrensende samordning bør dette fanges opp av § 10 (uavhengig av hvorvidt etableringen av felles kontroll har vært gjenstand for fusjonskontroll eller ei). Ved bøteansvar er hensynet snarere å ramme vidt; dersom et morselskap har en innflytelse over datterselskapet og dermed har kunnet påvirke atferden som representerer en overtredelse, tilsier dette at foretaket hefter. At et

⁷ [1991] OJ L 28/32, avsnitt 24 i.f.

⁸ [1986] OJ L 236/30, avsnitt 47-48.

⁹ [2005] OJ C 56/24, avsnitt 36 ff.

¹⁰ Sak C-179/12 P Dow Chemical (ECLI:EU:C:2013:605), prem. 58.

foretak er funnet å hefte for datterselskapets overtredelse bør ikke føre til at enhver samordning mellom mor og datter automatisk anses som lovlig etter samarbeidsforbudet.

Hjelmeng/Sørgard forklarer denne tilsynelatende inkonsistensen med at foretakskriteriet er funksjonelt, og avhengig av den konkrete relasjon man vurderer:

Tilnærmingen er utpreget funksjonell, og vurderingen fokuserer på enkeltrelasjonen mellom foretak. Dette betyr at to foretak kan være samme økonomiske enhet i én relasjon, men ikke i en annen der læren kommer til anvendelse.

...

På denne bakgrunn kan uttrykket «single economic unit» lede tanken i gal retning, fordi det ikke er tale om en statisk klassifisering av foretak som noe de er eller ikke er, men om en konkret vurdering av forbindelsene mellom ulike juridiske enheter tilpasset den enkelte sammenheng. Vurderingen må dermed heller ikke forveksles med vurderingen av «kontroll» i fusjonsforordningen..."¹¹

Dette synet har støtte i Domstolens formulering ovenfor, der det spesifikt vises til "it is only for the purposes of establishing liability...", noe som tilsier at spørsmålet om samme økonomiske enhet kan variere avhengig av hva som vurderes.

Juridisk litteratur er imidlertid ikke entydig. Således legger Whish/Bailey Dow Chemicals til grunn i sin generelle fremstilling av The single economic entity doctrine, uten å problematisere forholdet mellom bøteansvar og det materielle innholdet av samarbeidsforbudet, og uten å søke å forklare inkonsistensen mellom bl.a. Gosmé/Martell-DMP og Dow Chemicals.¹²

Evensen/Sæveraas uttaler på sin side entydig at § 10 kommer til anvendelse:

"Det er bare enekontroll som gir grunnlag for anvendelse av doktrinen om en økonomisk enhet. Hvor et selskap er under felles kontroll av flere eiere, vil avtaler mellom eierne og selskapet være underlagt konkurranserettslig sensur. ... Dette må antakelig gjelde selv om samordningen kun gjelder mellom en av eierne og fellesforetaket, og selv om samordningen er 'godkjent' av gjennom en konkurranserettslig behandling av opprettelsen av fellesforetaket under reglene om fusjonskontroll."¹³

I Kommisjonens utkast til retningslinjer for horisontalt samarbeid (2010), gis det uttrykk for at felleskontrollerende morselskap og det felleskontrollerte datterselskapet faktisk utgjør samme økonomiske enhet. Dette utsagnet ble imidlertid tatt ut fra de endelige retningslinjene. Uttalelsen i utkastet lyder:

¹¹ *Konkurransopolitikk*, Bergen 2014, s. 466-67.

¹² *Competition Law*, 8th ed. 2015, s. 95-101.

¹³ Evensen/Sæveraas (red.): *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer*, Oslo 2009, s. 46. Tilsvarende Kolstad m.fl.: *Norsk konkurranserett, Bind I Atferdsregler og fusjonskontroll*, Oslo 2007, s. 253.

"Companies that form part of the same "undertaking" within the meaning of Article 101(1) are not considered to be competitors by these guidelines. Article 101 only applies to agreements between independent undertakings. When one company (the "parent company") exercises decisive influence over another company (the "subsidiary") they form a single economic entity and, hence, are part of the same undertaking. The same is true for sister companies, i.e., subsidiaries over which decisive influence is exercised by the same parent company. They are consequently not considered to be competitors even if they are both active on the same relevant product and geographic markets. As a joint venture forms part of one undertaking with each of the parent companies that jointly exercise decisive influence and effective control over it, *Article 101 does not apply to agreements between the parents and such a joint venture*, provided the creation of the joint venture did not infringe EU competition law. Article 101 could, however, apply to agreements between the parents outside the scope of the joint venture and with regard to the agreement between the parents to create the joint venture."¹⁴

Kommisjonen viser til Underrettens dom i *Avebe*, som gjaldt morselskapsansvar.¹⁵ I tilknytning til denne saken sies det at "Where there are several parent companies, the exercise of decisive influence by them can be presumed where they control all the shares in the joint venture, and where, on the basis of factual evidence, they have joint management power." Uttalelsen kan imidlertid ikke tas som uttrykk for gjeldende rett, noes om understrekes av at den ikke ble tatt med i de endelige retningslinjene.

GA Kokott har tilsynelatende gitt uttrykk for at foretaksbegrepet må være det samme i de to situasjonene. I forslag til avgjørelse i *Portielje* sies det:

"The joint and several liability of a parent company and a subsidiary is based on the fact that the two companies together act as principals of a single undertaking within the meaning of competition law if the subsidiary does not enjoy sufficient autonomy from the parent company. The two then form an economic unit and, in their internal relationship with one another, can take advantage of the 'group privilege', which means that the prohibition of cartels does not apply to agreements between them. Conversely, as a parent company and subsidiary also form an economic unit outwardly, they must jointly answer for any infringement of the cartel rules by the undertaking which they together form."¹⁶

Saken gjaldt imidlertid ikke felleskontrollert datterselskap, men spørsmålet om morselskapet overhodet skulle anses som et foretak. Uttalelsen kan derfor ikke tillegges særlig vekt.

¹⁴ http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_horizontals/guidelines_en.pdf, pkt. 11, min uthevelse.

¹⁵ Sak T-314/01, *Avebe*, ECR II-3085, prem. 138 og 139.

¹⁶ Sak C-440/11 P *Kommisjonen v Portielje og Gosselin* (ECLI:EU:C:2012:763, 29. november 2012), avsnitt 31.

Samlet sett tilsier dette at det må legges til grunn at anvendelsen av doktrinen om samme økonomiske enhet under samarbeidsforbudet ikke automatisk vil komme til anvendelse der det foreligger felles kontroll, men at dette må begrunnes selvstendig.¹⁷

4. Forholdet til fusjonskontrollen

Det er ikke tvilsomt at en overgang fra enekontroll til felles kontroll representerer en foretakssammenslutning iht. krrl. § 17, og at konkurransebegrensninger som følger av endringen i kontrollforholdene vurderes under krrl. § 16.

Samarbeidsforbudet opererer imidlertid på et mer konkret plan enn strukturkontrollen. Klart nok vil etablering av felles kontroll kunne føre til at foretaket får innflytelse over det felleskontrollerte foretakets adferd, for eksempel gjennom å kunne blokkere strategiske beslutninger.¹⁸ Slik påvirkning, gjennom ensidige handlinger i kraft av eierskap, vil ikke nødvendigvis rammes av samarbeidsforbudet.¹⁹ Dette er imidlertid noe mer overordnet enn anvendelsen av samarbeidsforbudet på enkeltavtaler eller annen samordning mellom mor og datter. På denne bakgrunn fremstår det heller ikke som en motsetning at terskelen for hva som representerer en foretakssammenslutning ikke nødvendigvis er den samme som terskelen for hva som utgjør samme økonomiske enhet etter samarbeidsforbudet. Til dette kommer at doktrinen om samme økonomiske enhet er utviklet under atferdsreglene og også forut for at fusjonskontroll ble etablert ved forordning 4064/89. Atferdsreglene er også trinnhøyere enn fusjonsforordningen, slik at denne ikke i utgangspunktet kan innskrenke anvendelsen av atferdsreglene. Tolkningen av krrl. § 10 må forholde seg til dette. Endelig er det på det rene at anvendelsesområdet til fusjonsforordningen er langt snevrere enn samarbeidsforbudet, slik at heller ikke reelle hensyn i form av sammenheng i regelverket tilsier at konseptet "samme økonomiske enhet" må tolkes i lys av konseptet "kontroll" i fusjonsforordningen.

5. Vurdering og konklusjon

Både praksis og teori støtter et standpunkt om at § 10 kommer til anvendelse i forholdet mellom et felleskontrollert datterselskap og morselskapet. De kilder som taler i motsatt retning er praksis om bøteansvar, der det må anses som avklart at en felleskontrollerende mor kan svare for overtredelser begått av et datterskap under felles kontroll. At Kommisjonen i utkastet til horisontale retningslinjer la til grunn at slike mødre og døtre

¹⁷ Tilsvarende uttaler Whish/Bailey, cit., i tilknytning til Dow Chemicals at "The Commission must produce evidence of the existence and exercise of decisive influence; there is no presumption to that effect."

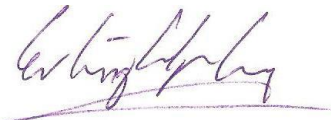
¹⁸ Dette er enda tydeligere dersom partene gjennom tilsagn i en fusjonsprosess har begrenset innflytelsen over datterselskapet ytterligere. For svensk rett sier Wetter et al: *Konkurrenserätt, en kommentar*, 4. oppl., s. 161, at "Ett exempel ... kan vara när ett moderbolag i samband med en företagskoncentration gjort ett frivilligt åtagande av innebörd att moderbolaget inte kommer att styra dotterbolagets marknadsuppträdande, dvs. att dotterbolaget inte omfattas av moderbolagets direktiv rätt." (med henvisning til svensk praksis).

¹⁹ Se Gabrielsen/Hjelmeng/Sørgard: Rethinking Minority Share Ownership and Interlocking Directorships: the Scope for Competition Law Intervention, ELRev 2011 s. 837-860, på s. 855-858 (om minoritetsaksjonærer).

alltid ville være samme økonomiske enhet ble tatt ut i de endelige retningslinjene, men dette indikerer likevel at Kommisjonen ikke har en helt entydig tilnærming til spørsmålet.

Selv om det av hensyn til enkelhet kan være en fordel dersom doktrinen om samme økonomiske enhet i den materielle § 10-vurderingen og doktrinen som grunnlag for bøteansvar er sammenfallende, er det på det rene at det er vidt forskjellige hensyn som gjør seg gjeldende.

Konklusjonen er at konkurranseloven § 10 vil komme til anvendelse på koordinering mellom felleskontrollerende mor og felleskontrollert datter.



Erling Hjelmeng
Prof. dr. juris