

NOTAT

Til: Sogn og Fjordane fylkeskommune
v/fylkesrådmann Tore Eriksen

Fra: Advokatfirmaet BA-HR DA
Advokat Asle Aarbakke
Saksansvarlig advokat: Sam E. Harris

Dato: Oslo, 20. juli 2016

Spørsmål om plikt til medvirkning ved en eventuell klage

1. Innledning

Sogn og Fjordane fylkeskommune («SFJ») inngikk 28 november 2015 avtale («Avtalen») om å selge 50% av aksjene i F1 Holding AS til Torghatten ASA («Torghatten»). F1 Holding AS eier 59% av aksjene i Fjord1 AS.

14 juli 2016 vedtok Konkurransetilsynet å forby Torghattens erverv av aksjene. Konkurransetilsynets vedtak kan påklages til Nærings- og fiskeridepartementet innen en frist på 15 virkedager.

Vi er bedt om å vurdere hvorvidt SFJ etter Avtalen er forpliktet til å medvirke ved en eventuell klage over vedtaket.

Vår vurdering baserer seg på Avtalens ordlyd og alminnelige tolkningsprinsipper. Dersom det kan påvises at partene har hatt en felles oppfatning om hvordan avtalen skal forstås, som avviker fra det som følger av en naturlig språklig forståelse, vil en slik felles oppfatning måtte legges til grunn.

2. Betingelser for gjennomføring

Etter Avtalen punkt 5 er gjennomføring for begge parter vedkommende betinget av at «[t]ransaksjonen skal være godkjent eller rettmessig ansett som godkjent av Konkurransetilsynet», jf punkt 5.1(i) for kjøpers del og punkt 5.2(iii) for selgers del.

Formuleringen viser til godkjennelse «av Konkurransetilsynet», og ikke til godkjennelse «i henhold til konkurranselovgivningen» e l. Det vil (kanskje) kunne hevdes at når Konkurransetilsynet først har nedlagt forbud, vil betingelsen aldri kunne oppfylles selv om departementet etter klage skulle omgjøre Konkurransetilsynets vedtak. En omgjøring vil bety at transaksjonen er godkjent, men ikke «av Konkurransetilsynet». Forstått på denne måten innebærer Konkurransetilsynets forbud at ingen av partene lenger vil være forpliktet til å gjennomføre Avtalen. Og velger en part først å ikke gjennomføre, vil vedkommende part heller ikke være forpliktet til å medvirke ved en klage.

Etter vårt syn er imidlertid ikke dette den mest naturlige forståelsen av bestemmelsen. Å knytte plikten til gjennomføring utelukkende til Konkurransetilsynets vedtak, og se bort fra

klagemuligheten, ville vært så vidt uvanlig at det i tilfelle burde kommet klarere frem. Dertil kommer at bestemmelsen i tillegg til alternativet «godkjent... av Konkurransetilsynet» inneholder alternativet «rettmessig ansett godkjent av Konkurransetilsynet». Sistnevnte alternativ sikter trolig først og fremst til tilfeller der en transaksjon anses godkjent fordi tilsynet har unnlatt å nedlegge forbud innen relevante frister. Men formuleringen vil også dekke tilfeller der det etter klage blir etablert at Konkurransetilsynet «rettmessig» skulle godkjent transaksjonen.

Ut fra dette er vårt syn at Konkurransetilsynets forbud ikke i seg selv gir partene grunnlag for å fragå Avtalen. Hvorvidt det foreligger en plikt til å medvirke ved en eventuell klage, må dermed fastlegges ut fra andre bestemmelser i Avtalen.

3. Forpliktelser før gjennomføring

Avtalen punkt 4 angir partenes plikter i perioden frem til gjennomføring.

Punkt 4.1 gjelder konkret «[m]eldinger og søknader til offentlige myndigheter».

Av punkt 4.1.1 følger at «hver av partene» har ansvar for å innhente nødvendige offentlige tillatelser o.l. Bestemmelsen kan forstås slik at hver part har et separat ansvar for å innhente visse tillatelser, dvs at selger skal innhente de tillatelser det er naturlig at en selger innhenter, og at kjøper skal innhente de tillatelser det er naturlig at en kjøper innhenter. Men bestemmelsen kan også forstås slik at alle tillatelser er et felles ansvar for begge parter.

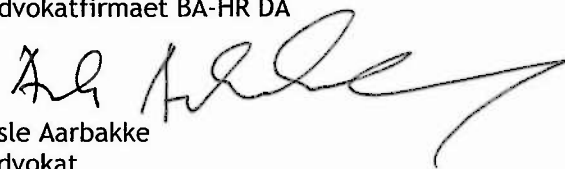
I forhold til Konkurransetilsynet kommer ikke den nevnte problemstillingen på spissen, ettersom det i spesialbestemmelsen i punkt 4.1.2 er presisert at melding til Konkurransetilsynet er et felles ansvar, jf bruken av uttrykket «partene skal». Bestemmelsen omtaler imidlertid bare behandlingen ved Konkurransetilsynet, og sier ikke noe om en eventuell klage.

Etter vårt syn må imidlertid en plikt til å medvirke ved en eventuell klage følge av Avtalen punkt 4.2, som pålegger «hver av Partene» å «gjøre det som med rimelighet kan kreves» for å oppfylle betingelsene for gjennomføring i Avtalen punkt 5, herunder vilkåret om konkurranserettslig godkjennelse, jf punkt 2 ovenfor. Bestemmelsen er et utslag av det alminnelige kontraktsrettslige lojalitetsprinsippet, og bygger på at når partene først har valgt å inngå en avtale, plikter de å gjøre rimelige anstrengelser for at avtalen skal la seg gjennomføre.

Når pliktens innhold er angitt ved et så vidt skjønnsmessig kriterium som «rimelighet», kan det være vanskelig å angi nøyaktig hvor grensen går. Omkostningene forbundet med en eventuell klage til departementet vil imidlertid være relativt beskjedne, og ligger derfor etter vårt syn innenfor rammene for det rimelige. Med mindre partene blir enige om noe annet, kan det derfor konkluderes med at hver av partene har en «plikt» til å påklage Konkurransetilsynets vedtak av 14 juli 2016.

Dersom klagebehandlingen skulle ende med at Konkurransetilsynets vedtak opprettholdes, kan det bli spørsmål om å angripe vedtaket gjennom søksmål. Om også medvirkning til et søksmål ligger innenfor rammene for det rimelige, går vi i denne omgang ikke nærmere inn på.

Advokatfirmaet BA-HR DA



Asle Aarbakke
Advokat