



NOTAT

Til: Oljeindustriens Landsforening
Fra: ARNTZEN de BESCHE Advokatfirma AS
Ansvarlig advokat: Thomas Nordby
Dato: 7. april 2010 100351/53821
Vår ref: SET/set 618085

LOVFORSLAG OM OPPLYSNINGSPLIKT FOR OLJESELSKAPENE OM SALG AV NATURGASS UTVUNNET PÅ NORSK KONTINENTALSOKKEL - KONKURRANSERETTLIG VURDERING

1. Finansdepartementet (FIN) har ved brev 11. februar 2010 (høringsbrevet) sendt på høring et forslag om å pålegge oljeselskapene å gi ligningsmyndighetene opplysninger om avtale- og salgsvilkår ved salg av naturgass utvunnet på norsk kontinentalsokkel (lovforslaget).
2. Høringsbrevet omtaler ikke mulige konkurranserettlige konsekvenser av lovforslaget. Oljeindustriens Landsforening (OLF) har bedt Arntzen de Besche Advokatfirma AS (Arntzen de Besche) vurdere om og i tilfelle hvilken konkurranserettslig risiko lovforslaget eksponerer oljeselskapene for. De økonomiske sanksjonene mot overtredelser av konkurransereglene er betydelige; det samme gjelder omdømmetapet.
3. Oppsummert er vår konklusjon at lovforslaget etter omstendighetene kan eksponere oljeselskapene for risiko for overtredelse av konkurransereglene, ved at det vil kunne legge til rette for informasjonsflyt mellom oljeselskapene. Slik vi leser lovforslaget, er det sannsynlig at ligningsmyndighetenes eventuelle fravikelse ved fastsettelsen av prisen for salg av gass utvunnet på norsk kontinentalsokkel, vil kunne danne en referansepris. En situasjon med referansepris kan langt på vei sammenlignes med situasjonen før avviklingen av GFU. Referanseprisen vil kunne legge til rette for ulovlig samordnet opptreden – av pris og andre salgsvilkår – mellom oljeselskapene. Denne konklusjonen er basert på en forutsetning om indirekte informasjonsflyt mellom oljeselskapene. Etter vår mening innebærer også lovforslaget etter

ARNTZEN de BESCHE ADVOKATFIRMA AS

OSLO - Bygdøy allé 2, Oslo // P.O. Box 2734 Solli, NO-0204 Oslo // Tel: +47 23 89 40 00, Fax: +47 23 89 40 01
STAVANGER - Jättävågveien 7, Stavanger // P.P. Box 130, NO-4065 Stavanger // Tel: +47 52 87 45 00, Fax: +47 52 87 45 01
mail@adeb.no // Bank: 8101 17 88564 // Org. no: NO 982 409 705 MVA // www.adeb.no

omstendighetene en viss risiko for at staten selv kan bli ansvarlig for brudd på EØS-avtalen.

4. Det rettslige grunnlaget for vår vurdering er forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, slik dette er fastsatt i de innholdsmessig likelydende bestemmelsene artikkel 101 TFEU (tidligere artikkel 81 EF), artikkel 53 EØS og konkurranseloven § 10. I prinsippet vil alle disse bestemmelsene kunne få anvendelse. Det faktiske grunnlaget for vurderingen er (direkte eller indirekte) informasjonsflyt mellom oljeselskapene om andre oljeselskapers avtale- og salgsvilkår, som mulig konsekvens av ligningsmyndighetenes behandling av innhentet informasjon. Lovforslaget legger nettopp opp til bruk av opplysninger innhentet fra andre selskaper enn skattyter; som vedkommende skattyter på sin side ikke selv har hatt tilgang til ved fastsettelsen av internpris ved salg av gass. Som vi kommer tilbake til, er kjernespørsmålet om ligningsmyndighetenes eventuelle fravikelse av internpriser reelt vil danne en referansepris for salg av naturgass utvunnet på norsk sokkel. Statoils andel (inkludert SDØEs andel) av gass utvunnet på norsk kontinentalsokkel medfører i så fall antakelig at selskapets pris vil kunne utgjøre et hovedelement i en slik referansepris.
5. Ved den konkurranserettslige vurderingen er det to spørsmål som må besvares. For det første lovforlagets konsekvenser; om og eventuelt i hvilken grad lovforlaget reelt åpner for at informasjon om ett eller flere andre oljeselskapers priser og andre vilkår ved eksternt salg av gass direkte eller indirekte tilflyter et annet oljeselskap. Det andre spørsmålet er det rent konkurranserettslige: om den eventuelle informasjonsflyten leder til at konkurransens usikkerhet erstattes med (en grad av) visshet om andre selskapers vilkår, slik at oljeselskapene etter omstendighetene risikerer å bryte forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid.
6. Før det første spørsmålet vurderes, nevnes at informasjonsinnhentingen fra det enkelte oljeselskap/skattyter til ligningsmyndighetene om egne avtale- og salgsvilkår ved eksternt salg av naturgass utvunnet på norsk kontinentalsokkel ikke i seg selv er i strid med forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Konkurranserettslige problemstillinger oppstår bare dersom og eventuelt i den grad et oljeselskaps avtale- og salgsvilkår direkte eller indirekte tilflyter andre oljeselskaper gjennom ligningsmyndighetenes behandling av slike opplysninger.
7. Vi ser først på spørsmålet om og eventuelt i hvilken grad lovforlaget reelt åpner for at informasjon om ett eller flere andre oljeselskapers priser og andre vilkår ved eksternt salg direkte eller indirekte tilflyter et annet oljeselskap. Dette kan prinsipielt skje på minst to måter. Enten indirekte ved referanseprisen på gass utvunnet fra norsk sokkel gjennom ligningsmyndighetenes fravikelse av internpris, herunder også ligningsmyndighetenes varsel om slik fravikelse. Eller direkte ved innsyn ved fastsettelsen av ligningen – især ved eventuell klagesak og etterfølgende rettssak.

8. Som utgangspunkt og hovedregel er opplysningene som omfattes av lovforslaget taushetsbelagt etter ligningsloven § 3-13. Etter denne lovbestemmelsen har innehaver av taushetsbelagte opplysninger en plikt til også aktivt å beskytte opplysningene. Skattyter får likevel indirekte kunnskap om andre aktørers markedsvilkår, dersom myndighetene fastsetter en skattepliktig inntekt som avviker fra inntekten basert på selskapets egen internpris, som forutsettes fastsatt på armlengdes vilkår. Ved gjengivelse av opplysningene i en eventuell etterfølgende klagebehandling/rettssak, kan skattyter i prinsippet få direkte innsyn i grunnlaget, som omfatter andre selskaps priser og andre markedsvilkår – i utgangspunktet riktignok i anonymisert form. Men fordi det er lett å avdekke hvilke selskaper som er bak de anonymiserte tallene, nektes oljeselskapene regelmessig innsyn også i avtaler eller annet som utgjør underlagsdokumentene for det anonymiserte tallgrunnlaget, både ved ligning og eventuell etterfølgende klage over ligningen og eventuelt også etterfølgende rettssak. Hvordan denne praksisen står seg i forhold til EMK artikkel 6, har Høyesterett ennå ikke tatt stilling til. I tillegg kommer muligheten for gjengivelse av opplysningene i foredrag, artikler og liknende, som taushetsplikten neppe er til hinder for å utarbeide. For formålet med denne vurderingen forutsetter vi det alternativet som gir minst risiko for at oljeselskapene eksponeres for overtredelse av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, som er at et oljeselskap bare får indirekte kunnskap om andre selskaps markedsvilkår i den situasjon at ligningsmyndighetene fastsetter en ligningsinntekt basert på en markedspris som avviker fra selskapets egen internpris, herunder varsel om slik fravikelse.
9. Lovforslaget etterlater tvil om denne forutsetningen holder. Mer direkte innsyn enn det forutsetningen legger opp til, vil medføre at den konkurranserettslige vurderingen vil slå ut enda sterkere i oljeselskapenes disfavør. Her nevnes kort at lovforslaget legger opp til omfattende informasjonsflyt og -behandling. Formålet med lovforslaget er å sikre ligningsmyndighetene et ”*bredere faktagrunnlag ved verdsettelsen av gassen for skatteformål*”, se for eksempel s. 15 siste avsnitt. En database skal opprettes, se høringsnotatet s. 10 fjerde avsnitt og s. 17 annet avsnitt. Olje- og energidepartementet (OED) skal dessuten ha tilgang til databasen, se s. 15 annet avsnitt og s. 17 første avsnitt jf. også s. 12 nest siste avsnitt om avsetningen av statens petroleum. Slik vi ser det, reiser høringsnotatets omtale av databasen atskillige spørsmål. Ett spørsmål gjelder informasjonsflyt fra myndighetene til oljeselskapene og mellom myndighetene; mens andre spørsmål faller utenfor rammen av dette notatet. Allerede den usikkerhet høringsnotatet etterlater om informasjonsbehandling og -flyt fra databasen kan etter omstendighetene øke den konkurranserettslige risikoen for oljeselskapene. I tillegg vil den etter omstendighetene kunne øke risikoen for at staten selv bryter EØS-avtalen.
10. Det andre spørsmålet er om informasjonsflyten basert på indirekte tilgang til informasjon om andre selskapers vilkår leder til at konkurransens usikkerhet erstattes

med (en grad av) visshet, slik at oljeselskapene risikerer å bryte forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid.

11. Det springende punkt i relasjon til forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid er om ligningsmyndighetenes eventuelle avvikende pris reelt vil danne en referansepris ved salg av naturgass utvunnet på norsk sokkel. Statoils andel (inkludert SDØEs andel) av gass utvunnet på norsk kontinentalsokkel medfører i så fall antakelig at dette selskapets pris vil utgjøre hovedelementet i en slik referansepris. Prisen vil i praksis bli styrende for oljeselskapenes egen prissetting. Oljeselskapene vil dermed kunne eksponere seg for atskillig konkurranserettslig risiko.
12. Informasjonsflyt, eller informasjonsutveksling (inkludert informasjon om internsalg), kan utvilsomt rammes av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Informasjonsutveksling som ledd i kartellvirksomhet, for eksempel informasjonsutveksling som virkemiddel til å opprettholde et ulovlig kartell, rammes i seg selv av forbudet. Det samme gjelder normalt utveksling av informasjon om nåværende og fremtidige priser. Andre typer ordninger om informasjonsflyt – som lovforslaget etter omstendighetene kan innebære – krever nærmere vurdering. European Court of Justice (ECJ) har oppsummert rettsregelen om denne tredje kategorien slik: *”According to the case-law on the exchange of information, such agreements are incompatible with the rules on competition if they reduce or remove the degree of uncertainty as to the operation of the market in question with the result that competition between undertakings is restricted.”*¹ Kjernen er – som spørsmålsstillingen ovenfor indikerer – altså at konkurransens usikkerhet ikke skal erstattes av større eller mindre grad av visshet om andre aktørers markedsadferd, herunder salgspriser og andre avtalevilkår.
13. Etter praksis fra ECJ er tre elementer sentrale i den totalvurderingen som må foretas av lovforslagets konsekvenser: (1) markedsstrukturen; (2) karaktertrekkene ved systemet; og (3) typen informasjon som deles.²
14. Når det gjelder markedsstrukturen, er det generelt enklest for selskaper å samordne opptreden i et oligopolmarked med homogene produkter. EU-kommisjonen vektlegger særlig markedskonsentrasjonen og etterspørsels- og tilbudsstrukturen. Lovforslaget gjelder informasjon om salg av gass utvunnet fra norsk kontinentalsokkel, hvor Statoil (inkludert SDØE) har den altoverveiende andelen. Gass er dessuten langt på vei et homogent produkt. Dette er tungtveiende momenter som etter vår vurdering taler for at Statoils gasspris etter omstendighetene vil kunne danne et vesentlig element i den referanseprisen som vil kunne dannes.

¹ Sak C-238/05, *Asnef-Equifax v Ausbanc*, avsnitt 51.

² Avsnitt 54.

15. Et annet moment er karaktertrekkene ved ordningen, blant annet om kundene av gass får tilgang til samme informasjon som selgerne av gass. All informasjon om gasssalgsprisen er konfidensiell, og de uavhengige kjøperne får ikke tilgang til andres priser. FIN legger selv til grunn i høringsnotatet s. 5 nederst at det er *”begrenset med åpen markedsinformasjon om prisene for gass i ulike kontrakter [...]”*. Lovforslaget endrer ikke situasjonen, og momentet taler for at en referansepris vil kunne dannes.
16. Det tredje momentet er typen informasjon som tilflyter oljeselskapene. Avgjørende er om typen informasjon kan legge til rette for samordnet opptreden, i denne saken samordnet opptreden ved salg av gass utvunnet fra norsk kontinentalsokkel til Europa. Oppdaterte opplysninger om pris, kapasitet og kostnader, er generelt særlig problematisk. Etter lovforslaget omfattes oljeselskapenes egne salgspriser og andre avtalevilkår ved salg av naturgass utvunnet på norsk kontinentalsokkel. Høringsnotatet punkt 5.2.2 gir oversikt over den informasjon som skal gis etter lovforslaget, og som etter punkt 5.2.3 nest siste avsnitt skal sendes inn kvartalsvis. Slik vi leser lovforslaget, skal reelt all relevant informasjon løpende sendes inn til ligningsmyndighetene og samles i en database; som også skal gjøres tilgjengelig for OED. Opplysningsplikten er omfattende, og omfatter blant annet en rekke merkantile forhold. FIN skriver s. 4 nederst at *”[d]et meste av gassalget i slike avtaler skjer ved direkte kontakt mellom selger og kjøper, slik at det er relativt lite åpen markedsinformasjon om salgsværdien av gassen (liten transparens).”* Ved lovforslaget vil FIN sikre tilgang til all relevant informasjon, som deretter indirekte vil tilflyte oljeselskapene gjennom eventuelle avvik ved fastsettelsen av ligningen. Allerede varsel om fravikelse av ligningen vil antakelig innebære at informasjon om referansepris tilflyter oljeselskapene. Arten av informasjonen er derfor særlig problematisk i relasjon til forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Enn mer gjelder dette dersom slik informasjon tilflyter oljeselskapene direkte.
17. Sentralt er også at bakgrunnen for lovforslaget – avviklingen av GFU – fremstår lik lovforslagets egentlige konsekvens. Forslaget skal *”synliggjøre avvik mellom selskapenes oppnådde priser”*, se s. 17 annet avsnitt. Konsekvensen dersom disse avvikene bortfaller, vil etter omstendighetene kunne bli at ligningsmyndighetenes inntektsfastsettelse reelt innebærer en referansepris ved salg av gass. En situasjon med referansepris kan langt på vei sammenlignes med situasjonen før avviklingen av GFU. Som redegjort for nedenfor, vil oljeselskapene denne gang ikke kunne forsvare seg ved bruk av læren om state compulsion.
18. Vår konklusjon er at oljeselskapene eksponeres for risiko for brudd på konkurransereglene. Slik vi leser lovforslaget, vil konsekvensen kunne være at myndighetene ved ligningen legger opp til minimale – om noen – avvik mellom gassprisene til de ulike oljeselskapene. Oljeselskapene vil dermed reelt kunne innrette seg etter statens prisfastsettelse gjennom ligningen. Slik vi ser det, vil lovforslaget langt på vei kunne bringe situasjonen tilbake til før avviklingen av GFU. I

konkurranserettslig forstand er det prinsipielt sett begrenset forskjell mellom lovforslagets mulige konsekvens med referansepris på den ene side og på den annen side GFU-situasjonen, hvor en felles pris ble fastsatt. Dersom en annen og en for oljeselskapene mindre fordelaktig forutsetning om lovforslagets konsekvenser legges til grunn, vil konklusjonen være enda mer sikker.

19. Tross vår konklusjon vil oljeselskapene etter omstendighetene likevel ikke bryte forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, dersom vilkårene i unntaksregelen i artikkel 101 (3) TFEU, artikkel 53 (3) EØS og konkurranseloven § 10 tredje ledd er oppfylt. Oljeselskapene har bevisbyrden. Etter praksis fra EU-kommisjonen er terskelen høy. Som nevnt vil informasjonsflyten kunne medføre at det dannes en referansepris for salg av gass utvunnet på norsk sokkel. I vår sak må blant annet hensynet til å sikre staten skatteinntekter avveies mot en mulig situasjon som langt på vei vil kunne sammenlignes med situasjonen før avviklingen av GFU. Etter vår oppfatning er vilkårene så strenge at det er lite sannsynlig at unntaksregelen fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid får anvendelse. Forutsatt at hensynet til en stats skatteinntekter er relevant etter unntaksregelen, vil dette likevel neppe vil veie tyngre enn Europas behov for sikker forsyning av gass til konkurransedyktig pris.
20. I GFU-saken benyttet staten argumentet om state compulsion, som innebærer at konkurransereglene ikke kan anvendes overfor foretak som etter lov er tvunget til å opptre på en bestemt måte. EU-kommisjonen lukket GFU-saken som følge av dette argumentet, blant annet i kombinasjon med at staten hadde avvirket GFU-ordningen. Lovforslaget vil ikke åpne for bruk av state compulsion-argumentet, fordi oljeselskapenes eventuelle tilpasning til referanseprisen ikke er pålagt ved lov, men derimot bare en konsekvens av det.
21. ESA og EU-kommisjonen – især DG Competition og DG Energy – vil etter vårt syn ha oppfordring til å undersøke ordningen. DG Competition vil i tilfelle ha fokus på mulig samordning av priser og andre salgsvilkår ved salg av gass, som i GFU-saken.
22. Som et særskilt tema nevnes at staten etter artikkel 3 EØS har et selvstendig ansvar til å avholde seg fra å legge til rette for oljeselskapenes mulige overtredelse av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. I motsatt fall vil staten etter omstendighetene kunne bli ansvarlig for brudd på EØS-avtalen, med mulig erstatningsansvar som konsekvens.

* * *