

Utkast til forskrift om forvalter - merknader til de enkelte bestemmelser

Til § 1 Virkeområde

Bestemmelsen angir forskriftens saklige virkeområde med utgangspunkt i konkurranseloven § 16 femte ledd tredje punktum som gir fullmakt til å fastsette nærmere bestemmelser om forvalters stilling. Forskriften gjelder de situasjoner der Konkurransetilsynet skal bruke forvalter til å bistå ved gjennomføringen av vedtak om inngrep mot en foretakssammenslutning eller erverv av andeler i et foretak etter konkurranseloven § 16 første og annet ledd og § 21.

Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) A) om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger, punkt 7.8.4 og NOU 2003: 12 Ny konkurranselov, punkt 5.4.10. omtaler bruk av og formålet med forvalter. Blant annet er det pekt på behovet for tett oppfølging av vilkår for å eliminere negative virkninger av en foretakssammenslutning. Særlig for å sikre at deler av virksomheten som skal skilles, ut forblir selvstendige og konkurransedyktige enheter, kan det være behov for ekstern tett oppfølging.

Selv om forskriftshjemmelen i konkurranseloven § 16 femte ledd tredje punktum etter ordlyden bare gjelder vedtak etter § 16 annet og tredje ledd, vil forarbeidenes omtale av formålet med bruk av forvalter ha tilsvarende gyldighet hva angår gjennomføring av vilkår etter konkurranseloven § 21. I realiteten vil det i tilfeller der Kongen opphever tilsynets inngrep være enda viktigere å effektivisere oppfølging av vilkår som skal motvirke konkurransebegrensningen av sammenslutningen. Det skyldes at slike vedtak innebærer at en foretakssammenslutning kan gjennomføres pga. andre politiske hensyn til tross for at den er konkurranse-skadelig. Departementet har ikke funnet holdepunkter i lov eller forarbeider for at lovgiver skal ha hatt en annen oppfatning om dette. Departementet antar derfor at Konkurransetilsynet kan oppnevne forvalter til å gjennomføre vedtak også etter konkurranseloven § 21. Forskriften er derfor gitt anvendelse også i disse tilfellene.

I utgangspunktet vil forskriften kun komme til anvendelse i forbindelse med inngrep mot de foretakssammenslutninger som er under EØS-avtalens terskelverdier¹ og som dermed skal behandles av Konkurransetilsynet etter konkurranseloven. De foretakssammenslutninger som overstiger terskelverdiene og som skal behandles av EFTAs overvåkningsorgan eller Kommisjonen, vil ikke berøres av forskriften. Imidlertid følger det av forskrift om prosessuelle konkurranseregler i EØS-avtalen m.v.² kapittel XIII artikkel 4 nr. 4 og artikkel 9 at saker over terskelverdiene på visse vilkår kan henvises til nasjonale konkurransemyndigheter. Skulle dette skje, følger det av hhv. artikkel 4 nr. 4 og 9 nr. 3 b) at nasjonal konkurranselov-givning skal anvendes på disse sakene. I disse tilfellene kan forskriften være relevant.

Til § 2 Definisjoner

Begrepene "inngrepsvedtak" og "part" er brukt i forskriften av rasjonaliseringshensyn.

Det fremgår av *bokstav a)* at begrepet inngrepsvedtak henspeiler på vedtak etter konkurranse-loven § 16 første eller annet ledd og § 21. Vedtakene vil altså kunne være fattet enten av Konkurransetilsynet, departementet eller Kongen i statsråd. I konkurranseloven § 16 tredje ledd heter det at slike vedtak blant annet kan omfatte forbud, påbud og tillatelser på vilkår.

¹ Jf. forskrift 4. desember 1992 nr. 964 kapittel XIV artikkel 1

² Forskrift 4. desember 1992 nr. 966

Av bokstav b) fremgår at en med begrepet parter i forskriftens bestemmelser har ment den eller de som inngrepsvedtak, slik det er definert i bokstav a, retter seg mot.

Til § 3 Oppnevning av forvalter

Første ledd viser til det som følger av konkurranseloven § 16 femte ledd, nemlig at det er Konkurransetilsynet, og ikke den eller de vedtaket retter seg mot, som oppnevner forvalter.

Første ledd gir dessuten eksempler på hvilken type vedtak Konkurransetilsynet kan engasjere forvalter til å følge opp. Eksempelene er nevnt i konkurranseloven § 16 tredje ledd som gir en ikke-uttømmende liste over hva inngrepsvedtak kan gå ut på. Forvalter kan således oppnevnes for å bistå ved gjennomføringen av alle typer inngrepsvedtak. Det mest vanlige vil være kontroll med adferdsvilkår og kontroll av eller gjennomføring av strukturelle vilkår, så som utskillelse av deler av en virksomhet. Det vil også normalt være behov for å oppnevne forvalter for å gjennomføre salg av virksomhet dersom partene har gjennomført en foretaks-sammenslutning som senere forbys. I slike tilfeller vil likevel det normale være at partene selv gis anledning til å forestå salget innen en viss frist, og at forvalter sørger for gjennomføring av salget bare dersom partene ikke overholder denne fristen.

Selv om ordlyden i konkurranseloven § 16 femte ledd første punktum strengt tatt bare dekker inngrep etter konkurranseloven § 16 første og annet ledd, så kan det oppnevnes forvalter også ved inngrep etter konkurranseloven § 21. Dette er nærmere omtalt under § 1 om forskriftens saklige virkeområde.

Det fremgår av ordlyden i første ledd at Konkurransetilsynet også kan oppnevne flere forvaltere dersom dette er hensiktsmessig. Det kan være aktuelt dersom det skal kontrolleres både at atferdsvilkår overholdes og/eller det skal ytes bistand for å gjennomføre strukturelle vilkår. Det er imidlertid ingen hindre for at det oppnevnes én forvalter for begge typer vilkår i samme sak. Det vil også kunne oppnevnes én forvalter til å gjennomføre det strukturelle vilkåret og én til å overvåke at atferdsvilkårene overholdes inntil avhending er skjedd. Dette kan også være hensiktsmessig der saken gjelder salg av forskjellige formuesgoder, f.eks. aksjer og fast eiendom.

Av *annet ledd* fremgår at selve oppnevningen skjer ved avtalen som inngås mellom Konkurransetilsynet og den aktuelle forvalteren. Avtalen vil alltid inneholde en beskrivelse av forvalteroppdraget og gjennomføringen av dette. Minstekrav til avtalens innhold fremgår av forskriften § 8.

Tredje ledd pålegger Konkurransetilsynet å underrette partene om at det tas sikte på å oppnevne forvalter. Det understrekes for ordens skyld at dette ikke er et forhåndsvarsel etter forvaltningsloven § 16, ettersom oppnevningen ikke vil være et enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand. Videre gir bestemmelsen partene forslagsrett med hensyn til hvem som skal oppnevnes som forvalter, innen en frist som fastsettes av Konkurransetilsynet. Det er naturlig siden partene skal samarbeide nært med forvalter og gi ham innsyn i forretningsdriften. Videre er det også partene som skal dekke forvalters godtgjørelse og relevante utgifter.

For å få oppnevnt forvalter innen rimelig tid er det naturlig med en relativt kort frist for partene til å fremsette forslag om forvalter og godtgjørelse for oppdraget. Dersom partene ikke har kommet med forslag innen utløpet av fristen, eller Konkurransetilsynet mener at den foreslåtte kandidaten ikke fyller de krav som må stilles for å gjennomføre oppdraget, velger Konkurransetilsynet selv forvalter. I slike tilfeller skal tilsynet underrette partene om hvem de

akter å oppnevne, og gi partene anledning til å uttale seg og fremsette forslag om vederlagsdekning innen fem virkedager. Det er i utgangspunktet opp til den aktuelle forvalteren og partene å bli enige om vederlag for oppdraget. Se merknadene til § 13 om dette.

Når Konkurransetilsynet har foretatt endelig oppnevning, underrettes partene uten ugrunnet opphold og gis kopi av forvalteravtalen.

Til § 4 Krav til forvalter

Første ledd slår fast at enhver som Konkurransetilsynet finner skikket til oppgaven kan oppnevnes til forvalter. I begrepet ”enhver” ligger at både fysiske og juridiske personer kan være aktuelle. Departementet anser likevel at det som hovedregel bør oppnevnes en fysisk person. Bare i særskilte tilfeller er det aktuelt å bruke juridiske personer (se avsnittet nedenfor om verdipapirforetak).

Formuleringen ”skikket” til oppgaven betyr at det er forvalterens formelle kompetanse og erfaring samt kunnskap om markedet som avgjør om vedkommende er egnet for forvalteroppdraget. Oppdragets karakter avgjør hvilken kompetanse og erfaring som trengs, og om det er nødvendig at vedkommende fyller lovbestemte krav som gjelder for visse yrkesgrupper, som f. eks. eiendomsmeklere og advokater.

Komplekse forvalteroppdrag kan potensielt omfatte avhendelse av aktiva som krever mer enn én type konsesjon eller bevilling. I slike tilfeller bør det som regel være tilstrekkelig om forvalteren, sammen med godkjent medhjelper, oppfyller de krav som stilles. Dersom oppdraget kun omfatter avhending av for eksempel en industrieiendom, kan det være naturlig å benytte en eiendomsmekler. Overvåkning av atferdsvilkår kan for eksempel utføres av en konsulent med bedriftsøkonomisk bakgrunn og erfaring med drift av selskaper, en advokat eller en revisor. Et forvalteroppdrag kan imidlertid også omfatte avhending av foretak av betydelig størrelse eller betydelige deler av næringsvirksomheten. I disse sakene kan det være aktuelt å oppnevne et verdipapirforetak (for eksempel et meglerhus) som forvalter.

Annet ledd understreker at det ikke må foreligge interessekonflikter som kan medføre at forvalters integritet og upartiskhet kan trekkes i tvil. Annet punktum er inntatt av innformasjonshensyn, og understreker at forvaltningsloven § 6 gjelder tilsvarende for forvalteren. Det er naturlig at Konkurransetilsynet ber om opplysninger fra potensielle forvaltere før oppnevningen, for å avklare om mulige habilitetskonflikter foreligger. Dersom slike konflikter oppstår under utføringen av forvalteroppdraget, vil forvalteren ha plikt til å informere Konkurransetilsynet om dette. Se nærmere § 5 og merknader hva angår restriksjoner på oppdrag eller ansettelse parallelt med og etter avslutning av forvalteroppdraget.

Til § 5 Karantene/saksforbud

Det følger av bestemmelsen at forvalter under forvalteroppdraget, og i en periode på ett år etter forvalteroppdragets avslutning, skal avstå fra å yte tjenester til eller ta ansettelse eller verv i det eller de foretak som vedtaket retter seg mot eller tilknyttede foretak. Samme begrensning gjelder forvalterens adgang til å yte tjenester til den eller de som har overtatt rettigheter som følge av Konkurransetilsynets vedtak, herunder f.eks. til kjøperen av et foretak. At denne begrensningen gjelder i forhold til tilknyttede foretak, innebærer at også arbeid for eller verv i selskaper i samme konsern (eierselskaper, datterselskaper m.v.) rammes. Også arbeid for den eller de virksomhet(er) som eventuelt avhendes som en følge av Konkurransetilsynets vedtak, omfattes. Bestemmelsen åpner likevel for at Konkurransetilsynet kan tillate at forvalter påtar seg slike oppdrag dersom dette er ubetenkelig.

Til § 6 Taushetsplikt

Det følger av bestemmelsen at både forvalter og medhjelpere har taushetsplikt om det de får kjennskap til i forbindelse med oppdraget. Forvaltningsloven §§ 13 til 13e kommer til anvendelse siden forvalteren utfører arbeid for tilsynet og derfor omfattes av ordlyden i forvaltningsloven § 13. Kravet om taushet er særlig begrunnet i at partene har et rettmessig behov for konfidensialitet, men det vil også være behov for beskyttelse av konfidensielle opplysninger forvalter mottar fra potensielle kjøpere under utførelsen av forvalteroppdraget eller fra den del av partenes virksomhet som eventuelt skal skilles ut.

Til § 7 Sikkerhet

Første ledd fastslår at Konkurransetilsynet kan pålegge forvalter å stille sikkerhet, samt stille krav til denne.

Annet ledd forutsetter forsikringsdekning. Det antas imidlertid at det normalt ikke vil være nødvendig å stille spesifikke krav om sikkerhet eller forsikring. Ofte vil det i eller i medhold av lov være fastsatt bestemmelser om sikkerhet og/eller forsikring for de grupper som kan tenkes å bli oppnevnt som forvalter (f.eks. advokater, verdipapirforetak og eiendomsmeglere). Bestemmelsen er derfor ment som en sikkerhetsventil, og kan benyttes der Konkurransetilsynet etter en konkret vurdering anser det hensiktsmessig med spesifikke krav til sikkerhet eller forsikring.

Annet til sjette ledd inneholder nærmere regler om sikkerhetsstillelse. Bestemmelsene er basert på lignende regler i bl.a. lov om eiendomsmegling 16.06.1989 nr. 53 og forskrift om eiendomsmegling av 20.03.1990 nr. 177.

Til § 8 Avtale mellom Konkurransetilsynet og forvalter

Bestemmelsens *første ledd* fastslår at den nærmere regulering av forvalteroppdraget skal skje i avtale mellom Konkurransetilsynet og forvalter.

Bestemmelsens *annet ledd* gir en oppregning av forhold som avtalen minst skal regulere. Av bokstavene a til i fremgår at avtalen skal omfatte både beskrivelse av forvalteroppdraget, forvalters vederlag og rammer for måten oppdraget skal gjennomføres på. Utover minimumskravene vil det være opp til Konkurransetilsynet å fastsette det nærmere innholdet i avtalen fra sak til sak, avhengig av hva som følger av det konkrete vedtaket, og innenfor forskriftens regler og forhåndsdialogen med forvalteren. Innholdet i avtalen vil i stor grad være gitt, og det er begrenset rom for forhandlinger utover forhåndsdialogen.

Det følger av *annet ledd bokstav a)* at avtalen må regulere hva forvalteroppdraget omfatter. Vedtaket vil sette rammene for dette, men det kan være behov for å presisere dette ytterligere i avtalen med forvalter.

Bokstav b) fastsetter at avtalen skal angi hvordan forvalteroppdraget skal gjennomføres. Også dette vil kunne være fastsatt i vedtaket, men vil nok normalt fordre nærmere regulering i avtalen med forvalteren.

Av *bokstav c)* fremgår det at avtalen må inneholde bestemmelser om forvalteroppdragets varighet. Normalt bør det angis et starttidspunkt og et opphørstidspunkt. Erfaring fra EUs kontroll med foretakssammenslutninger tilsier at det er viktig at forvalter oppnevnes så raskt som mulig etter at vedtak foreligger. Videre viser denne erfaringen at forvalterens oppdrag

vanligvis ikke bør avsluttes før den virksomhet som eventuelt skal overdras, faktisk er overdratt.

Bokstav d) presiserer at fremgangsmåten ved forvalters inngåelse av avtaler av vesentlig betydning eller gjennomføring av andre disposisjoner av vesentlig betydning bør være særskilt regulert i avtalen. Dette gjelder for eksempel krav om at Konkurransetilsynet godkjenner kjøper ved avhending. Godkjenningen bør normalt være regulert uttrykkelig også i inngrepsvedtaket. Med godkjenning menes her at tilsynet kontrollerer om kjøper tilfredsstiller vedtakets krav til kjøper. Eksempelvis kjøpers uavhengige stilling i forhold til partene. I noen tilfeller vil salget kunne innebære at det oppstår en ny meldepliktig foretakssammenslutning. I så fall må det foretas en selvstendig vurdering av sammenslutningen etter de vanlige reglene i konkurranseloven om kontroll med foretakssammenslutning i tillegg til godkjenningen etter bokstav d).

Bokstav e) fastsetter at avtalen må inneholde bestemmelser om forvalterens plikt til å rapportere og utarbeide arbeids- og tidsplaner. Konkurransetilsynet må sørge for framdrift i saken gjennom krav til rapportering og arbeids- og tidsplaner, foruten at tilsynet i den enkelte sak må presisere nærmere hva som skal rapporteres. Arbeids- og tidsplanene bør normalt foreligge tidlig i prosessen.

Av *bokstav f)* fremgår det at avtalen må regulere forvalterens vederlag og dekning av utgifter under forvalteroppdraget. Det vil kunne innebære en henvisning til avtale mellom partene og forvalter, jf. § 13.

Bokstav g) fastsetter at avtalen skal ha bestemmelser som regulerer bruk av eksterne medhjelpere, jf. § 10.

Det følger av *bokstav h)* at avtalen normalt skal inneholde bestemmelser om misligholdssanksjoner og/eller oppsigelse.

Bokstav i) fastsetter at avtalen skal ha bestemmelser om karantene og saksforbud, jf. § 5.

Til § 9 Gjennomføring

Første ledd første punktum oppstiller et generelt krav til nivået på det arbeidet som skal utføres. Forvalteren skal utføre de oppgaver som følger av forvalteroppdraget på den måte som best sikrer gjennomføring av inngrepsvedtaket. Dette er det overordnede hensyn i forvalterens arbeid.

Første ledd annet punktum fastslår at forvalter kan instruere partene i den grad dette er nødvendig for gjennomføringen av inngrepsvedtaket, jf. også § 12 om partenes medvirkningsplikt.

Av *annet ledd* fremgår at forvalteren så vidt mulig også må ta andre hensyn enn det som best sikrer kontroll med oppfyllelsen av vedtaket han er satt til å gjennomføre. Han må sørge for å ivareta partenes interesser på en forsvarlig måte, for eksempel ved avhending av aktiva. Nærmere konkretisering av kravet til gjennomføring vil for øvrig skje fra sak til sak gjennom regulering av hva forvalteren skal gjøre og hvordan oppdraget skal utføres.

Til § 10 Bruk av eksterne medhjelpere

Det fremgår at forvalteren kun kan benytte eksterne medhjelpere dersom Konkurransetilsynet på forhånd har samtykket til det. Dersom forvalteroppdraget f.eks. er gitt til et advokatfirma eller en ansvarlig partner, vil firmaet eller den ansvarlige partneren kunne bruke egne fullmektiger eller ansatte advokater uten at dette regnes som bruk av *eksterne* medhjelpere.

Konkurransetilsynet må vurdere om ekstern ekspertise fører til en mer hensiktsmessig utførelse av forvalteroppdraget. Ved vurderingen av om bruk av eksterne medhjelpere skal godkjennes, må Konkurransetilsynet vurdere hvilke krav som eventuelt skal stilles til slike medhjelpere, for eksempel krav om sikkerhetsstillelse. Det normale i disse situasjonene bør være at Konkurransetilsynet følger forvalterens råd med hensyn til hvem som eventuelt skal være medhjelper(e). Tilsynet vil også måtte vurdere hvilke kostnader som påløper ved bruk av eksterne medhjelpere og om kostnadene står i forhold til nytten.

Kostnadene til eksterne medhjelpere dekkes av forvalter, og kreves refundert av partene etter reglene i § 13 om vederlag og utgiftsdekning.

Til § 11 Instruksjonsmyndighet

Det følger av bestemmelsen at Konkurransetilsynet kan instruere forvalteren om gjennomføringen av forvalteroppdraget. Dette er en konsekvens av at forvalteren skal bistå Konkurransetilsynet med gjennomføringen av tilsynets vedtak. Konkurransetilsynet må ved utøvelsen av sin instruksjonsmyndighet være oppmerksom på at dette vil kunne påvirke størrelsen på forvalterens vederlagskrav, og tilsynet bør vurdere å regulere dette nærmere allerede ved inngåelsen av avtalen med forvalteren. Den eller de vedtaket retter seg mot, har ikke instruksjonsmyndighet overfor forvalteren.

Til § 12 Partenes medvirkningsplikt

Første ledd referer til den alminnelige medvirkningsplikten som følger av at det er gitt et enkeltvedtak med pålegg under straffetrussel (jf. krrl § 30).

Bestemmelsen i *annet ledd første punktum* oppstiller en medvirkningsplikt for partene overfor forvalteren. De skal samarbeide fullt og helt med forvalteren og yte slik medvirkning som er nødvendig for at forvalter skal kunne oppfylle forvalteroppdraget.

Det følger av *annet ledd annet punktum* hva medvirkningsplikten i praksis kan gå ut på. Bl.a. skal partene så raskt som mulig bistå med å finne frem til og gi forvalteren, eller dennes medhjelpere, tilgang til informasjon, dokumentasjon, lokaler, tekniske innretninger, personell m.v. i den grad dette er nødvendig for å oppfylle forvalteroppdraget. Plikten gjelder uavhengig av lagringsmedium, for eksempel dokumenter.

Av *annet ledd* følger det likeledes at partene, så snart som mulig etter at Konkurransetilsynet eller forvalteren har bedt om det, skal gi forvalteren de fullmakter som er nødvendige for å kunne utføre forvalteroppdraget. Fullmakter er eksempelvis nødvendige der forvalteren er gitt i oppdrag å selge en virksomhet og kan i den forbindelse også være nødvendige for å gjennomføre tiltak som kan gå ut på å avskjære partenes adgang til strategisk informasjon i den virksomhet som skal avhendes som en selvstendig enhet.

Til § 13 Vederlag og utgiftsdekning

Første ledd slår fast det som fremgår av konkurranseloven § 16 femte ledd, at partene skal dekke forvalterens godtgjørelse.

Av annet ledd første punktum fremgår at partene og forvalter skal inngå avtale om vederlag og utgiftsdekning innen 10 dager etter at forvalter er utpekt. Selv om en slik formell avtaleinngåelse først skjer på dette tidspunktet, forutsettes at partene, Konkurransetilsynet og forvalter har hatt en dialog om dette i forbindelse med valget av forvalter, jf. § 3 tredje ledd og merknadene til denne bestemmelsen.

Annet ledd annet punktum fastslår at avtale som nevnt i første punktum skal godkjennes av Konkurransetilsynet. Konkurransetilsynet kan bare nekte å godkjenne avtalen dersom den kan være til hinder for at forvalteroppdraget gjennomføres. Tilsynet skal i den forbindelse ikke gjennomføre en vurdering etter annet ledd tredje punktum, jf. omtalen nedenfor.

Dersom forvalter og partene ikke blir enige innen fristens utløp, fastsetter Konkurransetilsynet etter *annet ledd tredje punktum* regler for vederlag og dekning av utgifter mellom partene og forvalter, herunder beregning av vederlag. Tilsynet vil i denne sammenheng legge vekt på hva som er rimelig og nødvendig sammenholdt med forvalteroppdragets art og omfang. Konkurransetilsynet kan også fastsette bestemmelser om hvordan oppgjør skal skje, herunder om forskuddsbetaling, forfallstidspunkter og motregning.

Til § 14 Ikrafttredelse

Forskriften trer i kraft [XX].