

Sikkerhetsloven – stans av oppkjøp

1. januar 2019 trådte den nye sikkerhetsloven i kraft. Den nye sikkerhetsloven har et eget kapittel om eierskapskontroll. Etter dette kapittlets regler har myndighetene fått et nytt instrument for å stanse oppkjøp av virksomheter.



Dr./advokat
Roland Mörsdorf
Partner Advokatfirmaet Grette

Den nye sikkerhetsloven, lov av 1. juni 2018 nr. 24 om nasjonal sikkerhet, erstatter den gamle loven av 20. mars 1998 nr. 10 om forebyggende sikkerhetstjeneste. Bakgrunnen er blant annet et ønske om å sette myndighetene bedre i stand til å sikre sentrale nasjonale interesser mot et trussel- og risikobilde som særlig på grunn av den teknologiske utviklingen har vært i stor forandring den siste tiden. Den nye sikkerhetsloven er dermed ment som en revisjon og modernisering av sikkerhetsloven fra 1998.

Frem til ikrafttreddelsen av den nye sikkerhetsloven har reguleringen av eierskapskontroll bestått av noen få andre regler, for eksempel konkurranseloven. Dette regelverket ivaretar imidlertid i all hovedsak andre hensyn enn nasjonale sikkerhetsinteresser. Etter konkurranseloven kan eksempelvis et oppkjøp av en virksomhet kun forbyes dersom en slik foretakssammenlutning i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse. Av denne grunn ble rettstilstanden ansett for ikke å gi myndighetene tilstrekkelige virkemidler for å sikre nasjonal kontroll med eierskapet av strategisk viktige virksomheter. For å bøte på dette har lovgiver vedtatt nye mekanismer som muliggjør slik kontroll. Disse mekanismene er inntatt i kapittel 10 i den nye sikkerhetsloven.

Relevante virksomheter

Forutsetningen for eierskapskontroll med virksomheten etter kapittel 10 i den nye sikkerhetsloven er at ansvarlig departement har fattet vedtak om at virksomheten er underlagt sikkerhetsloven. Dersom virksomheten ikke omfattes av noe departements ansvarsområde, er det Nasjonal sikkerhetsmyndighet (NSM) som kan fatte vedtaket.

Informasjon om hvilke virksomheter som er underlagt sikkerhetsloven, skal være tilgjengelig hos det ansvarlige departementet, og en samlet oversikt hos NSM. Vedtaket om at en virksomhet skal være underlagt sikkerhetsloven, kan fattes når som helst.

Aksjeoverdragelse

Kapittel 10 kommer imidlertid bare til anvendelse når oppkjøpet skjer gjennom erverv av aksjer. En ytterligere forutsetning er at det dreier seg om en kvalifisert eierandel. Hva som utgjør dette, er definert i sikkerhetsloven, og vil være oppfylt dersom kjøperen gjennom ervervet oppnår minst en tredjedel av aksjekapitalen, andelene eller stemmene i virksomheten eller en rett til å bli eier av minst en tredjedel av aksjekapitalen eller andelene. Likt med kjøperens egne aksjer/andeler regnes de aksjene/andelene som eies eller erverves av kjøperens nærstående.

Utover dette blir det også regnet som et erverv av kvalifisert eierandel dersom kjøperen oppnår betydelig innflytelse over forvaltningen av selskapet på

annen måte, eksempelvis gjennom vedtektene/selskapsavtalen eller eventuelle aksjonæravtaler.

Melding om oppkjøp

Når et oppkjøp av en kvalifisert eierandel i en relevant virksomhet planlegges, skal kjøperen sende melding om dette til den myndigheten som har fattet vedtak om at virksomheten er underlagt sikkerhetsloven, altså enten til ansvarlig departement eller til NSM. Departementet eller NSM som mottar en melding om et planlagt oppkjøp, skal innen 60 arbeidsdager orientere melderer om at oppkjøpet er godkjent, eller om at saken skal behandles av Kongen i statsråd. Vurderingen beror på en helhetsvurdering der oppkjøpets risikopotensial og kjøperens sikkerhetsmessige pålitelighet står sentralt. Prøvingen skjer på grunnlag av meldingen fra kjøper.

Hva denne meldingen skal inneholde, er regulert i forskrift av 20. desember 2018 nr. 2053 om virksomheters arbeid med forebyggende sikkerhet (virksomhetsikkerhetsforskriften). Etter virksomhetsikkerhetsforskriften § 93 skal meldingen blant annet opplyse om kjøperens eierstruktur samt eventuelle utenlandske eierinteresser i kjøperens virksomhet. Videre skal meldingen også inneholde kjøperens eierinteresser i utlandet. Meldingen skal også opplyse om hvem som sitter i kjøperens styre eller andre forvaltningsorgan og hvem som utgjør den daglige ledelsen i kjøperens virksomhet. Dessuten skal meldingen opplyse

om eventuelle relasjoner mellom kjøperen og andre eksisterende eiere i virksomheten som oppkjøpet gjelder, kjøperens eierinteresser i andre virksomheter underlagt sikkerhetsloven og kjøperens eierinteresser i andre virksomheter i den aktuelle sektoren.

Fristen på 60 arbeidsdager avbrytes dersom mottakeren av meldingen – innen 50 arbeidsdager – har fremsatt skriftlig krav om ytterligere opplysninger. Når opplysningene er mottatt, fortsetter fristen å løpe.

Vedtak om oppkjøp

Dersom henholdsvis departementet eller NSM bestemmer seg for ikke å godkjenne oppkjøpet, skal saken behandles av Kongen i statsråd. Her kan det fattes vedtak om at oppkjøpet ikke kan gjennomføres, eller om at det skal settes vilkår for gjennomføringen. Begge vedtak forutsetter at oppkjøpet kan medføre en ikke ubetydelig risiko for at nasjonale sikkerhetsinteresser blir truet. Vedtaket må også være forholdsmessig, slik at hensyn til nasjonale sikkerhetsinteresser må veie opp for de negative økonomiske konsekvensene av vedtaket. I det tilfellet at Kongen i statsråd bestemmer seg for ikke å stanse oppkjøpet eller sette vilkår for gjennomføring, skal henholdsvis departementet eller NSM orientere kjøperen om dette. Hverken sikkerhetsloven eller virksomhetsikkerhetsforskriften setter en frist for når behandlingen av Kongen i statsråd skal skje.

For øvrig kan Kongen i statsråd, uavhengig av melding om et oppkjøp, fatte vedtak om stans av oppkjøpet eller vilkår for gjennomføring. Det er altså ikke av betydning om det er mottatt en slik melding. Videre er det heller ikke av betydning om oppkjøpet allerede er gjennomført. Det kan derfor tenkes at et oppkjøp som kjøperen ikke har sendt melding om til ansvarlig departement eller NSM, og som man på denne måten har prøvd å skjule, blir stanset av Kongen i statsråd etter gjennomføring.

Europeisk rett

I tråd med sikkerhetslovens ordlyd kan vedtak om stans av et oppkjøp eller vedtak om vilkår for gjennomføring av et oppkjøp fattes overfor enhver kjøper, også overfor kjøpere fra EU- og EØS-området. Dette er litt overraskende ettersom lignende regelverk, for eksempel de tyske reglene (Außenwirtschaftsverordnung §§ 55 flg.) og de østerrikske reglene (Außenwirtschaftsgesetz § 25a), etter regelverkens uttrykkelige ordlyd i utgangspunktet kun skal komme til anvendelse dersom – i tilfelle av et oppkjøp i Tyskland – en unionsfremmed (Unionsfremder) er kjøper eller dersom – i tilfelle av et oppkjøp i Østerrike – et slikt vedtak ikke vil være i strid med europeiske og folkerettslige forpliktelser (unions- und völkerrechtliche Vorschriften).

Dessuten ville et vedtak om stans av et oppkjøp eller vedtak om vilkår for gjennomføring av et oppkjøp overfor en kjøper fra EU- og EØS-området i utgangspunktet være i strid med Norges EØS-rettslige forpliktelser. Imidlertid fastsetter EØS-avtalen artikler 32, 33 og 123 unntak fra EØS-avtalen. Lovgiveren har derfor lagt opp til at sikkerhetslovens regler om eierskapskontroll bare skal kunne benyttes når unntaket i EØS-avtalen artikkel 123, eller i enkelte tilfeller artikkel 33, er anvendelig.

EØS-avtalens artikler 123 og 33

Av EØS-avtalen artikkel 123 følger at EØS-avtalen ikke skal hindre Norge i å treffe tiltak i tråd med artikkelens bokstav a) til c). Etter bokstav a) kan det treffes tiltak som Norge anser nødvendig for å hindre spredning av opplysninger som er i strid med Norges vesentlige sikkerhetsinteresser. Etter bokstav b) kan det treffes tiltak som angår produksjon av eller handel med våpen, ammunisjon og krigsmateriell eller andre varer som er uunnværlige for forsvarsformål, eller forskning, utvikling eller produksjon som er uunnværlig for forsvarsformål, såfremt disse tiltakene ikke endrer konkurransevilkårene for varer som ikke er

bestemt for direkte militære formål. Til slutt kan det etter bokstav c) treffes tiltak som Norge anser vesentlig for sin sikkerhet i tilfelle alvorlig indre uro som truer den offentlige orden, i krigstid eller ved alvorlig internasjonal spenning som innebærer en fare for krig, eller for å oppfylle forpliktelser Norge har påtatt seg med sikte på å opprettholde fred og internasjonal sikkerhet.

Av EØS-avtalen artikkel 33 følger at avtalen ikke skal være til hinder for anvendelse av bestemmelser om særbehandling av fremmede statsborgere når de fremgår av lov eller forskrift og er begrunnet med hensynet til offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen.

EØS-avtalen artikler 123 og 33 er unntaksbestemmelser. Terskelen for at et vedtak etter kapittel 10 i den nye sikkerhetsloven kan fattes overfor kjøpere fra EU- og EØS-området, er derfor veldig høy. Med bakgrunn i regelverket i andre europeiske land, for eksempel de tyske og østerrikske reglene, ville det dessuten virke veldig rart dersom man brukte EØS-avtalen artikkel 123 og 33 for en aktiv eller industripolitisk motivert anvendelse av reglene i kapittel 10 i sikkerhetsloven overfor europeiske aktører.

Virksomhetsoverdragelse

Oppkjøp i form av et erverv av eidelere, rettigheter eller forpliktelser er ikke underlagt kapittel 10 i den nye sikkerhetsloven.

Av sikkerhetsloven § 2–5 følger imidlertid at Kongen i statsråd kan fatte nødvendige vedtak for å hindre sikkerhetstruende virksomhet eller annen planlagt eller pågående aktivitet som kan innebære en ikke ubetydelig risiko for at nasjonale sikkerhetsinteresser blir truet. Etter lovgiverens oppfatning gir dette hjemmel for stans av et oppkjøp i form av en virksomhetsoverdragelse.