

Arntzen de Besche Advokatfirma

Postboks 2734 Solli  
0204 Oslo

Deres ref.:

Vår ref.: 2005/1398 - 8  
MAB JSOL 545.5

Saksbeh.:

Dato: 2. mai 2006

## ■ Vedtak - Kenmore Investments Ltd. - konkurranseloven § 29 jf § 18 - overtredelsesgebyr

### Vedtak V2006-117

Vi viser til Konkurransetilsynets varsel om overtredelsesgebyr av 10. februar 2006.

Ved brev av 3. mars 2006 har Kenmore Investments Ltd inngitt merknader til varselet. Det vises til at det var tvilsomt når endelig avtale var inngått og at partene ikke var enige om endelig oppgjørinstruks før den 10. oktober 2006. Det fremholdes at begrepet "endelig avtale" er uklart og at det bør legges til grunn en vid forståelse når man lar det være skjæringspunkt for illeggelse av straff. Videre gjentas anførselen i brev av 30. november 2005 om at konkurranseloven § 18 gir anvisning på at alminnelig melding er rettidig så lenge denne innsendes før kontroll er overtatt, selv om dette er etter at endelig avtale er inngått. Det gjøres gjeldende at legalitetsprinsippet og hensynet til forutberegnelighet iht. EMK art. 7 tilsier at tidsfristen tolkes i samsvar med ordlyden.

I henhold til konkurranseloven § 18 første ledd<sup>1</sup> skal Konkurransetilsynet informeres om foretakssammenslutninger ved en alminnelig melding som skal inngis senest når endelig avtale er inngått eller kontroll er overtatt. En avtale er endelig når alle nødvendige avtalerettslige og selskapsrettslige forhold er i orden. Dersom faktisk kontroll overtas før endelig avtale er inngått, er det førstnevnte tidspunkt som utløser meldeplikt.

I forskrift av 28. april 2004<sup>2</sup> § 2 er virkeområdet for den alminnelige meldeplikten innskrenket. Meldeplikten gjelder bare dersom de involverte foretakene har en samlet årlig omsetning i Norge over 20 millioner kroner. Transaksjonen vil likevel ikke være meldepliktig dersom bare ett av de involverte foretakene har en årlig omsetning i Norge over 5 millioner kroner. De involverte foretakene har en omsetning som overstiger terskelen i meldepliktsforskriften og transaksjonen var derfor meldepliktig.

Meldeplikten påhviler det selskap som overtar kontroll over de ervervede foretak, jf. konkurranseloven § 18 første ledd. Det legges til grunn at den meldepliktige i denne saken var Kenmore Investments Ltd.

Konkurransetilsynet kan med hjemmel i konkurranseloven § 29 første ledd bokstav a, jf. tredje ledd første punktum, ilegge foretak overtredelsesgebyr ved forsettlig eller uaktsom overtredelse av den alminnelige meldeplikten etter § 18 første ledd.

<sup>1</sup> Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger

<sup>2</sup> Forskrift om melding av foretakssammenslutninger mv. 28. april 2004 nr. 673

Transaksjonen ble meldt til Konkurransetilsynet ved alminnelig melding mottatt den 12. oktober 2005. Konkurransetilsynet ble orientert om transaksjonen per telefon dagen før. Ved brev av 18. november 2005 ba Konkurransetilsynet om ytterligere opplysninger for å avklare om den alminnelige meldingen var rettidig. Dette ble besvart ved brev av 30. november 2005. I brevet opplyses det at aksjekjøpsavtalen ble inngått 15. september 2005, men at denne inneholdt forbehold som medførte at avtalen da ikke var endelig. Det gjøres videre gjeldende at meldingen var rettidig da den er inngitt før kontroll ble overtatt, og at det er valgfritt etter konkurranseloven § 18 første ledd om melding skal inngis når endelig avtale er inngått eller kontroll er overtatt.

Konkurransetilsynet viser til at det er det tidligste av de tidspunkter som angis i konkurranseloven § 18 første ledd som er avgjørende for meldeplikten inntreden. I motsatt fall ville alternativet "endelig avtale" ikke ha noen selvstendig betydning i saker der kontroll erverves. Dette følger også av Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) s. 90 der det fremgår at begrepet endelig avtale skal ha det samme innholdet som praksis etter den tidligere konkurranselov § 3-11. Endelig avtale om bedriftserverv etter denne bestemmelsen omfattet avtale om erverv av samtlige aksjer i et foretak slik nærværende sak gjelder. Det fremholdes videre i proposisjonen at det kan reageres med overtredelsesgebyr mot en foretakssammenslutning som ikke blir meldt senest ved endelig avtale. Foretakssammenslutning omfatter både fusjoner og erverv av kontroll.

Konkurransetilsynet kan ikke se at merknadene i melderens brev av 3. mars 2006 kan endre på ovennevnte vurdering. Etter Konkurransetilsynets oppfatning er ikke fortolkningen som er lagt til grunn i strid med ordlyden, selv om ordlyden isolert sett ikke gir et entydig svar på hvilket tidspunkt som skal legges til grunn. Konkurransetilsynets kan heller ikke se at fortolkningen er i strid med legalitetsprinsippet og hensynet til forutberegnelighet i henhold til EMK art. 7. Selv om ordlyden ikke er entydig, stemmer fortolkningen godt overens med uttalelsene i forarbeidene og hensynet bak reglene.

Det avgjørende blir etter dette når det forelå en endelig avtale i denne saken. Ifølge praksis er en avtale endelig i konkurranselovens forstand når alle nødvendige avtalerettslige og selskapsrettslige forhold er på plass. Generelt kan det sies at avtalen er endelig når dens gjennomføring kun er avhengig av forhold utenfor partenes kontroll.

[<sup>3</sup>]Endelig avtale anses etter dette inngått 1. oktober 2005. [<sup>4</sup>]Konkurransetilsynet kan heller ikke se at det foreligger forhold som skulle tilsi en annen forståelse av begrepet "endelig avtale" enn det som ble lagt til grunn etter den tidligere konkurranselov § 3-11 ettersom dette er klart forutsatt i Ot. prp. nr. 6 (2003-2004).

Melding om transaksjonen ble mottatt 12. oktober 2005, 11 dager etter at endelig avtale forelå.

Konkurransetilsynet legger etter dette til grunn at det objektivt sett foreligger brudd på meldeplikten og at også de subjektive vilkår for ileggelse av overtredelsesgebyr er oppfylt.

Bakgrunnen for reglene om meldeplikt for foretakssammenslutninger er at Konkurransetilsynet skal kunne føre kontroll med markedskonsentrasjoner. Manglende melding gjør det vanskelig for Konkurransetilsynet å oppdage foretakssammenslutninger, som vil kunne føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen. Ved for sent innkommet melding vil det i praksis kunne bli umulig eller vanskeligere for Konkurransetilsynet å gjennomføre eventuelle inngrep.

Ifølge konkurranseloven § 29 tredje ledd annet punktum skal det ved fastsettelsen av overtredelsesgebyrets størrelse legges særlig vekt på foretakets omsetning og overtredelsens grovhet og varighet. Nærmere regler er gitt i forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr, fastsatt av Moderniseringsdepartementet den 22. august 2005<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Opplysninger unntatt offentlighet med hjemmel i offentlighetsloven § 5a jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2

<sup>4</sup> Opplysninger unntatt offentlighet med hjemmel i offentlighetsloven § 5a jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2

<sup>5</sup> Forskrift 22. august 2005 nr. 909 om utmåling og lemping av overtredelsesgebyr

Slik Konkurransetilsynet vurderer det har oppkjøpet i dette tilfellet ikke hatt negative konsekvenser for konkurransen. Det er ikke pålagt fullstendig melding i saken, og det er ikke truffet vedtak om inngrep i henhold til konkurranseloven § 16. Bruddet på meldeplikten i denne saken er derfor å anse som en mindre grov overtredelse av konkurranseloven. Det vises videre til at melding ble inngitt på eget initiativ kort tid etter at endelig avtale var inngått og at foretakets omsetning i Norge er relativt lav.

Meldeplikten fremkommer imidlertid klart av lovverket, helt uavhengig av om aktørene forventer at Konkurransetilsynet vil gripe inn eller ikke. Ved fastsettelse av overtredelsesgebyrets størrelse er det også sett hen til at overtredelsesgebyret bør ha en preventiv effekt.

På bakgrunn av en konkret helhetsvurdering av saken har Konkurransetilsynet fattet slikt vedtak:

**Kenmore Investments Ltd. ilegges et overtredelsesgebyr på kr 10 000 – ti tusen – kroner for overtredelse av meldeplikten i konkurranseloven § 18 første ledd i forbindelse med erverv av samtlige aksjer i Askeladden Eiendom AS, Dovre Eiendom AS, Skage Eiendom AS og Ausefjell Eiendom AS , jf. § 29 første ledd bokstav a.**

Overtredelsesgebyret forfaller i henhold til konkurranseloven § 29 fjerde ledd annet punktum til betaling to måneder etter at vedtaket er fattet, dvs. **2. juli 2006**. Beløpet innbetales på Konkurransetilsynets kontonummer: 7694.05.00245.

Vedtaket om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg, jf. konkurranseloven § 29 fjerde ledd. Ifølge samme bestemmelse kan et vedtak om overtredelsesgebyr ikke påklages. Kenmore Investments Ltd kan imidlertid gå til søksmål mot staten for å prøve vedtaket. Dersom Kenmore Investments Ltd bringer saken inn for domstolene, vil tvangskraften suspenderes. Ved et eventuelt søksmål kan retten prøve alle sider av saken, og tvistemålsloven gjelder så langt den passer.