

Wiersholm, Mellbye & Bech Advokatfirmaet AS  
Advokat Wilhelm Matheson  
Postboks 1400 Vika  
0115 Oslo

Deres ref.:

Vår ref.: 2006/488 - 9  
MAB EIST 411.4

Saksbeh.:

Dato: 06.10.2006

## ■ Vedtak - Pan Fish ASA - Fjord Seafood ASA - konkurranseloven § 29, jf. § 18 - overtredelsesgebyr

### Vedtak V2006 - 506

Konkurransetilsynet viser til varsel om overtredelsesgebyr av 14. juni 2006 som følge av for sent innsendt melding om foretakssammenslutning mellom Pan Fish ASA (Pan Fish) og Fjord Seafood ASA (Fjord).

Videre vises til brev av 4. juli 2006 fra Advokatfirma Wiersholm på vegne av Pan Fish, hvor det er inngitt merknader til varselet. Det gjøres gjeldende at tilsynet har lagt til grunn feil vurdering av tidspunkt for kontroll og at skyldkravet ikke er oppfylt, slik at det ikke er grunnlag for å ilegge overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 jf. § 18. Anførelsen kommenteres nærmere nedenfor.

### Sakens bakgrunn

Etter det opplyste har Pan Fish foretatt trinnvise oppkjøp av aksjer i Fjord. Oppkjøpet skjedde ved at Pan Fish ervervet 25,7 prosent av aksjene den 6. mars 2006. Ytterligere 14,27 prosent ble ervervet 16. mars samme år, slik at Pan Fishs samlede eierandel da hadde økt til 39,97 prosent.

Konkurransetilsynet ble oppmerksom på oppkjøpet gjennom media. Konkurransetilsynet kontaktet advokatfirma Wiersholm per telefon den 22. mars 2006 og gjorde oppmerksom på meldeplikten. Ved brev av 27. mars 2006 til tilsynet ga Pan Fish uttrykk for at selskapet ikke hadde kontroll over Fjord på det daværende tidspunkt. I etterkant av mottakelsen av brevet tok tilsynet igjen kontakt med advokatfirma Wiersholm og gjorde oppmerksom på meldeplikten.

Konkurransetilsynet mottok alminnelig melding om transaksjonen den 31. mars 2006. Meldingen ble gitt samlet for Pan Fishs erverv av 100 prosent av aksjene i Marine Harvest B.V. (sak 2006/487) og aksjeervervet i Fjord. For sistnevnte oppkjøp valgte melder å gi alminnelig melding på tross av at man ikke anså Pan Fish for å ha kontroll over Fjord.

Den 4. april 2006 kunngjorde Pan Fish at selskapet ønsket å gi frivillig bud på de resterende aksjene i Fjord.<sup>1</sup> Den 10. april 2006 foretok Pan Fish ytterligere oppkjøp av aksjer, slik at den samlede eierandel da ble 57,7 prosent.

---

<sup>1</sup> Jf. pressemelding på Fjords hjemmeside, [www.fjord.no](http://www.fjord.no)

### **Generelle merknader**

I henhold til konkurranseloven § 18 første ledd<sup>2</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>3</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 i foreliggende sak har en omsetning som overstiger terskelen i meldepliktsforskriften og transaksjonen er derfor meldepliktig.

Meldeplikten påhviler det selskap som overtar kontroll over det ervervede foretak, jf. konkurranseloven § 18 første ledd. Meldepliktig i denne saken var således Pan Fish.

### **Tidspunktet for kontroll**

Det rettslige utgangspunkt for vurderingen av tidspunkt for kontroll er konkurranseloven § 17 tredje ledd. Det følger av bestemmelsen at kontroll kan oppnås ”gjennom rettigheter, avtaler eller andre midler som enkeltvis eller sammen, de faktiske eller juridiske forhold tatt i betraktning, gir mulighet til å utøve avgjørende innflytelse over et foretaks virksomhet”. Ifølge forarbeidene til konkurranseloven<sup>4</sup> er begrepet foretakssammenslutning ment å tilsvare EF/EØS-reglene. Begrepet kontroll er nærmere presisert i Kommisjonens meddelelse om foretakssammenslutningsbegrepet.<sup>5</sup>

Avgjørende for om Pan Fish har oppnådd slik kontroll blir ved hvilken eierprosent Pan Fish fikk mulighet til å utøve avgjørende innflytelse over Fjord Seafoods virksomhet, særlig ved utøvelse av stemmerett på generalforsamlingen.

Det er på det rene at slik innflytelse forelå etter at Pan Fish hadde oppnådd en eierandel på mer enn 50 prosent. Slik andel forelå den 10. april 2006, som er etter at melding var innkommet. Dersom dette tidspunkt legges til grunn er sammenslutningen meldt rettidig. I den følgende skal det vurderes om eierandelen på 39,97 prosent var tilstrekkelig til å gi avgjørende innflytelse over Fjord Seafood.

Ved eierandeler under 50 prosent er utgangspunktet at det ikke foreligger kontroll. Kontroll kan imidlertid også oppnås ved minoritetserverv, dersom rettslige og/eller faktiske forhold tilsier at kontroll foreligger (såkalt ”kvalifisert minoritet”), jf. meddelelsen punkt 14. Avgjørende er om man oppnår kontroll med virksomhetens forretningspolitikk. Melder mener vilkårene for at Pan Fish var en kvalifisert minoritet ikke er oppfylt i dette tilfellet.

Konkurransetilsynet legger til grunn at Pan Fish ikke hadde særlige rettigheter som ga avgjørende innflytelse, ved for eksempel særlige stemmerettigheter, eller rett til å utnevne styrerepresentanter. Melder har ved brev av 27. mars 2006 opplyst at Pan Fish har fremsatt krav om ekstraordinær generalforsamling for å kreve styrerepresentant. Ifølge pressemelding på Fjords hjemmeside har Pan Fish akseptert at valget ble utsatt og i stedet holdt på ordinær generalforsamling den 4. mai 2006. Da dette er forhold som har skjedd etter melding innkom, tillegges det ikke betydning ved vurderingen av om kontroll forelå den 16. mars 2006.

Det avgjørende spørsmålet blir om det forelå faktiske omstendigheter som ga grunnlag for kontroll. Meddelelsen nevner spesifikt at kontroll kan foreligge dersom de resterende aksjer er

<sup>2</sup> Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger

<sup>3</sup> Forskrift om melding av foretakssammenslutninger mv. 28. april 2004 nr. 673

<sup>4</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 231

<sup>5</sup> EFT nr. C 66, 02.03.1998, heretter benevnt ”meddelelsen”

spredd på mange eiere, slik at de i praksis ikke vil kunne samle seg om å stemme ned den nye minoriteten. Avgjørelsen skal ifølge meddelelsen baseres på fremmøte ved generalforsamlinger tidligere år. Hvis det av antallet fremmøtte fremgår at en minoritetsaksjonær har et sikkert stemmeflertall i generalforsamlingen, må denne anses for å ha kontroll.

Det fremgår av Fjords årsrapport for 2005 at de 20 største aksjonærene per 31. desember 2005 eide cirka 60 prosent av aksjene. Av disse skiller to aksjonærer seg ut som vesentlig større enn de øvrige; Geveran Trading Co Ltd med 24 prosent og Umoe Industri AS med 13 prosent av aksjene. Av de øvrige, som i hovedsak besto av finansinstitusjoner, hadde to aksjonærer cirka 4 prosent, seks under 2 prosent, og de resterende under 1 prosent. Etter Konkurransetilsynets vurdering hadde selskapet en spredt aksjonærstruktur, med unntak av de to største aksjepostene.

Pan Fish ervervet aksjeposten til Geveran Trading Co Ltd den 6. mars 2006. Ervervet som ga 39,97 prosent av aksjene skjedde ved overføring av aksjer fra blant annet Umoe Industri AS og Odin Forvaltning AS, som kontrollerte de to nest største postene. Etter at disse oppkjøpene ble gjennomført ble Pan Fish største aksjonær med 39,97 prosent andel. De to nest største aksjonærer var da Investors Bank og State Street Bank, begge med i underkant av 3 prosent. Kun åtte aksjonærer hadde mellom 1 og 2 prosent eierandel, og de resterende hadde under 1 prosent.<sup>6</sup>

En gjennomgang av fremmøte ved tidligere generalforsamlinger viser følgende:

<u>Møte:</u>	<u>Dato:</u>	<u>Fremmøtte aksjer:</u>	<u>- i prosent</u>
Ekstraordinær GF	28.01.2004	153 148 100	32,2
Ordinær GF	07.05.2004	156 571 295	32,9
Ordinær GF	04.05.2005	151 107 104	26,0
Ekstraordinær GF	12.08.2005	270 911 890	46,5
Ordinær GF	04.05.2006	244 061 606	41,4

Den siste av generalforsamlingene er avholdt etter at Pan Fish oppnådde en andel på 235 749 164 aksjer, tilvarende 39,97 prosent, og viser at oppkjøpet heller ikke faktisk har medført noen merkbar endring i fremmøteprosent. Pan Fishs andel utgjorde på siste generalforsamling cirka 96 prosent av fremmøtte stemmer hvilket gir et klart stemmeflertall. Således viser Pan Fishs eierandel, sammenholdt med tidligere og etterfølgende fremmøteprosent, at Pan Fish oppnådde kontroll ved erverv av 39,97 prosent av aksjene.

Melder argumenterer for at kontroll likevel ikke foreligger. Det vises til at oppkjøpet anses som fiendtlig og at det ikke kan utelukkes en mobilisering for å motvirke innflytelse fra Pan Fish. Videre anføres at markedet slik det var på det aktuelle tidspunkt tilsier at andre investorer kunne tenkes å forsøke å overta de resterende aksjene og dermed majoriteten. Melder trekker frem som eksempel at Pan Fish klarte å fulltegne en aksjeutvidelse for erverv av alle aksjene i Marine Harvest.

Konkurransetilsynet kan ikke se at det er holdepunkter for å anta at det ville være mulig å mobilisere en masse av aksjonærer med flere aksjer enn Pan Fish hadde på dette tidspunkt. Tilsynet er enig i at en eventuell inntreden fra annen investor i løpet av første tiden etter oppkjøpet kan tilsi en annen vurdering. På tidspunktet for oppkjøpet (16. mars 2006) må slike antagelser betegnes som lite sannsynlige, sett hen til de resterende aksjepostenes størrelse og antall. Dette i motsetning til Pan Fishs eget oppkjøp av aksjer i Fjord, som skjedde ved erverv av få og store aksjeposter. Den etterfølgende utvikling har også vist at ingen andre investorer gjorde forsøk på å mobilisere for å stanse Pan Fishs overtagelse av Fjord Seafood. Man kan da trekke den slutning at den kontroll som forelå den 16. mars ikke er blitt svekket siden.

Etter en samlet vurdering finner tilsynet at Pan Fish oppnådde varig kontroll over Fjord ved erverv av aksjer som medførte eierandel på 39,97 prosent.

<sup>6</sup> informasjon hentet fra Fjords hjemmeside, oppdatert pr. 22. mars 2006.

En slik konklusjon støttes også av foreliggende praksis fra Europakommisjonen. Situasjonen er forholdsvis lik den i Kommisjonens avgjørelse IV/M.025 – Arjomari-Prioux SA/WTA, der det ble konstatert at kontroll forelå ved 39 prosent eierandel, og hvor øvrige aksjer var spredt på en rekke eiere. Aksjonærstrukturen tilsier således i seg selv at det er lite sannsynlig at Pan Fish, med sin daværende eierandel, ikke skulle kunne oppnå stemmeflertall på generalforsamlingen. Det forhold at de øvrige eierne gjennomgående er typiske investeringsforetak som normalt ikke involverer seg i driften forsterker en slik konklusjon. Tilsvarende moment er vektlagt i Kommisjonens avgjørelse IV/M.343 – Société Générale de Belgique/Générale de banque.

Det kan argumenteres for at eierandelen på 25,7 prosent, tilsvarende cirka 151 574 923 aksjer, oppnådd 6. mars 2006, også er tilstrekkelig til å kontrollere selskapet. Ved siste ordinære generalforsamling ville dette utgjort cirka 55 prosent av fremmøtte stemmer, og ved siste generalforsamling cirka 62 prosent. Av praksis nevnes Kommisjonens avgjørelse IV/M.343, der en økning fra 20,94 prosent til 25,96 prosent ble ansett å være tilstrekkelig da man etter kjøpet hadde 55 prosent av fremmøtte/representerte stemmer på generalforsamlingen. Det er ikke nødvendig å ta stilling til om Pan Fish hadde kontroll over Fjord den 6. mars, da det ikke har betydning for om overtredelsesgebyr skal ilegges.

Konkurransetilsynet legger følgelig til grunn at Pan Fish oppnådde kontroll over Fjord den 16. mars, og at meldeplikten følgelig også inntrådte denne dato. Med hjemmel i konkurranseloven § 29 første ledd bokstav a, jf. tredje ledd første punktum, kan tilsynet ilegge foretak overtredelsesgebyr ved forsettlig eller uaktsom overtredelse av den alminnelige meldeplikten etter § 18 første ledd.

#### **Skyldkravet**

Konkurransetilsynet legger til grunn at det objektivt sett foreligger brudd på meldeplikten og finner at også de subjektive vilkår for ileggelse av overtredelsesgebyr er oppfylt. Plikten til å innlevere alminnelig melding fremkommer klart av lovverket. Det vil derfor som det klare utgangspunkt være uaktsomt av et selskap å ikke ha innrettet seg slik at plikten overholdes. Skyldkravet vil derfor være oppfylt med mindre det foreligger spesielle forhold i saken. Konklusjonen om at Pan Fish hadde kontroll over Fjord den 16. mars 2006 fremkommer etter tilsynets oppfatning forholdsvis klart ut fra det foreliggende faktum og reglene om meldeplikt. En eventuell feilvurdering fra melderens side av kontrollspørsmålet kan derfor ikke anses som unnskyldelig.

Melding skal ifølge konkurranseloven § 18 første ledd som utgangspunkt inngis senest når kontroll er overtatt. I tråd med Konkurransetilsynets retningslinjer<sup>7</sup> aksepteres i praksis at melder får noe tid til å klargjøre meldingen dersom det er nødvendig. Det fremgår av retningslinjene at det som regel ikke vil være snakk om mer enn maksimalt tre virkedager etter at kontroll er overtatt og at melder i så fall bør varsle Konkurransetilsynet på forhånd om at meldingen blir noe forsinket.

Konkurransetilsynet kan ikke se at spørsmålet om sammenslutningen var meldepliktig for Kommisjonen eller Konkurransetilsynet er så problematisk eller omfattende at det nødvendiggjorde en forsinkelse av meldingen på vel to uker etter kontrollen var overtatt.

En aktsom etterlevelse av meldeplikten tilsier at selskapet, dersom man var i tvil om hvem som var rette myndighet, burde ha henvendt seg til de aktuelle myndigheter for å få en avklaring. Videre har foretakene en oppfordring til å kontakte tilsynet dersom meldingen blir noe forsinket. I denne saken har melder imidlertid forholdt seg passivt overfor Konkurransetilsynet, og først reagert etter henvendelsen fra tilsynet den 22. mars 2006.

---

<sup>7</sup> Retningslinjer for alminnelig melding av foretakssammenslutning, datert 25. mai 2005

Ifølge ovennevnte brev av 4. juli 2006 konkluderte melder etter hvert med at sammenslutningen ikke ville være meldepliktig for Kommisjonen. Det følger av kompetansereglene at Konkurransetilsynet med nødvendighet da er rette myndighet. Alminnelig melding inkom imidlertid ikke før den 31. mars 2006, først syv virkedager etter tilsynets henvendelse og vel to uker etter tidspunktet for kontroll. Etter en samlet vurdering foreligger det etter Konkurransetilsynets vurdering ikke rimelig grunn til en forsinkelse av det aktuelle omfang.

Videre skal det bemerkes at unnlatelsen av å melde oppkjøpet synes å ha vært et bevisst valg fra melders side. Det er i brevet av 4. juli 2006 vist til at melder har foretatt en vurdering av om kontroll forelå, og at en av grunnene til at oppkjøpet ikke ble meldt var at man anså det uheldig å proklamere kontroll over et foretak som oppfattet oppkjøpet som fiendtlig. En slik beveggrunn kan ikke være relevant i forhold til hvorvidt foretakssammenslutninger er meldepliktige etter konkurranselovgivningen.

Konkurransetilsynet finner at melder har opptrådt uaktsomt og at skyldkravet således er oppfylt.

### **Utmåling av gebyr**

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>8</sup>.

Slik Konkurransetilsynet vurderer det synes oppkjøpet i dette tilfellet ikke å ha 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. Ved utmålingen av overtredelsesgebyret er det videre tatt hensyn til at meldingen ble inngitt relativt kort tid etter at kontroll ble oppnådd.

Meldeplikten fremkommer imidlertid klart av lovverket, helt uavhengig av om aktørene forventer at Konkurransetilsynet vil gripe inn eller ikke. Pan Fish har videre de nødvendige ressurser til å avklare hvorvidt transaksjonen var meldepliktig og har i tillegg vært bistått av profesjonelle rådgivere. Ved fastsettelsen av overtredelsesgebyret er det lagt vekt på at det her dreier seg om et selskap som i henhold til meldingen hadde en omsetning på ca 1 858 millioner kroner i 2005. Ervervet av Fjord Seafood ASA ble først meldt etter at Konkurransetilsynet hadde påpekt dette. Ved fastsettelse av overtredelsesgebyrets størrelse er det også sett hen til at overtredelsesgebyret bør ha en preventiv effekt.

### **Vedtak**

På bakgrunn av en konkret helhetsvurdering av saken fatter Konkurransetilsynet slikt vedtak:

**Pan Fish ASA ilegges et overtredelsesgebyr på kr 60 000 – sekstitusen – kroner for overtredelse av meldeplikten i konkurranseloven § 18 første ledd i forbindelse med erverv av aksjer i Fjord Seafood ASA som medførte en eierandel på 39,97 prosent, 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. **6. desember 2006**. Beløpet innbetales på Konkurransetilsynets kontonummer: **7694.05.00245**.

<sup>8</sup> Forskrift 22. august 2005 nr. 909 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr

Vedtaket om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg, jf. konkurranseloven § 29 fjerde ledd. Ifølge samme bestemmelse kan et vedtak om overtredelsesgebyr ikke påklages. Pan Fish ASA kan imidlertid gå til søksmål mot staten for å prøve vedtaket. Dersom Pan Fish ASA 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.