KONKURRANSE·
TILSYNET
The Competition Authority

Mottaker
Advokatfirmaet Wiersholm AS
Postboks 1400 Vika

0115 OSLO
Norge
Håkon Cosma Størdal

Kromann Reumert
Att: Brian Jürs
Sundkrogsgade 5
2100 København Ø
Danmark

Deres ref.:	*Vår ref.:* 2013/0732-47	*Saksbehandler:* Linn Tordal Halvorsen *Saksansvarlig:* Gjermund Nese	*Dato:* 27.11.2013

Vedtak V2013-12 – Altor Fund III (via ELIXIA Holding IV AS) /TryghedsGruppen smba – ELIXIA Holding III AS/Health & Fitness Nordic AB – konkurranseloven § 19 tredje ledd – pålegg om midlertidig gjennomføringsforbud

1 Innledning

(1) Konkurransetilsynet viser til varsel om pålegg om midlertidig gjennomføringsforbud 20. november 2013, som partene har hatt anledning til å uttale seg om.

(2) ELIXIA Holding IV AS (heretter "ELIXIA IV") – som er kontrollert av Altor Fund III – og TryghedsGruppen smba (heretter "TryghedsGruppen") har inngått avtale om fusjon av ELIXIA Holding III AS' (heretter "ELIXIA III") og Health & Fitness Nordic ABs (heretter "HFN") treningssentervirksomhet. ELIXIA IIIs og HFNs treningssentervirksomheten skal samles i et nyopprettet selskap, HFN Group AS (heretter "HFN Group"). Etter det opplyste vil ELIXIA IV og TryghedsGruppen oppnå felles kontroll i HFN Group. Transaksjonen utgjør en foretakssammenslutning i konkurranselovens forstand, jf. konkurranseloven[1] § 17.

(3) ELIXIA III og HFN er begge aktører som tilbyr treningssentertjenester. ELIXIA III tilbyr treningssentertjenester gjennom treningssenterkjeden ELIXIA, mens HFN tilbyr treningssentertjenester gjennom to ulike merkevarer; SATS og Fresh Fitness.

(4) Av konkurranseloven § 19 første ledd annet punktum fremgår at foretakssammenslutninger som er underlagt meldeplikt til Konkurransetilsynet etter reglene i § 18 første ledd, ikke må gjennomføres før fristen for pålegg om fullstendig melding etter § 18 tredje ledd er utløpt. Ved

[1] Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger.

KONKURRANSETILSYNET.NO • Postboks 439 Sentrum • 5805 Bergen • Tlf: +47 55 59 75 00

pålegg om fullstendig melding etter § 18 tredje ledd videreføres det automatiske gjennomføringsforbudet frem til fristen for å varsle at inngrep kan bli aktuelt, jf. § 19 første ledd annet punktum. Fristen for slikt varsel er 25 virkedager etter at fullstendig melding er mottatt, jf. § 20 annet ledd første punktum.

(5) I herværende sak mottok Konkurransetilsynet fullstendig melding om foretakssammenslutningen 23. oktober 2013. Dette innebærer at fristen for å varsle at inngrep kan bli aktuelt er 27. november 2013. Varsel om at inngrep kan bli aktuelt er sendt samme dag som dette vedtaket.

(6) Formålet med det automatiske gjennomføringsforbudet er å sikre en effektiv kontroll med foretakssammenslutningen, ved å forhindre at partene ellers gjennomfører tiltak som senere vil kunne vanskeliggjøre et inngrep mot foretakssammenslutningen.

(7) Etter konkurranseloven § 19 tredje ledd kan Konkurransetilsynet på visse vilkår pålegge et midlertidig gjennomføringsforbud utover det automatiske gjennomføringsforbudet i § 19 første ledd. På tilsvarende måte som for det automatiske gjennomføringsforbudet er regelen om midlertidig gjennomføringsforbud i konkurranseloven begrunnet i behovet for en effektiv kontroll med foretakssammenslutninger.[2]

(8) Konkurransetilsynet har nedenfor vurdert om vilkårene for pålegg om midlertid gjennomføringsforbud i medhold av konkurranseloven § 19 tredje ledd er oppfylt i herværende sak.

2 Midlertidig gjennomføringsforbud etter konkurranseloven § 19 tredje ledd

2.1 Rettslig utgangspunkt

(9) Av konkurranseloven § 19 tredje ledd følger at Konkurransetilsynet kan gi pålegg om midlertidig gjennomføringsforbud og andre tiltak dersom det er:

a) rimelig grunn til å anta at foretakssammenslutningen eller erverv som nevnt i § 16 annet ledd kan lede til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen og

b) nødvendig med et midlertidig forbud for å sikre gjennomføringen av eventuelle inngrep etter § 16.

(10) De angitte vilkårene er kumulative og må begge være oppfylt for at tilsynet kan gi pålegg om midlertidig gjennomføringsforbud utover det automatiske gjennomføringsforbudet i første ledd.

(11) I forarbeidene til konkurranseloven er det pekt på at konkurranseloven § 19 tredje ledd tilsvarer tidligere konkurranselov § 3-11 fjerde ledd og skal tolkes på samme måte.[3] Lovforståelse og praksis knyttet til den sistnevnte bestemmelsen vil derfor være relevant ved tolkningen og anvendelsen av gjeldende konkurranselov § 19 tredje ledd. I vurderingen av om det vil være nødvendig å treffe et slikt vedtak, er det videre uttalt i forarbeidene at tilsynet skal ha en vid skjønnsadgang.

[2] Ot.prp. nr. 35 (2007-2008) side 9, jf. Ot.prp. nr. 97 (1998-1999) kapittel 4.8.
[3] Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) kapittel 7.6.

2.2 Konkurranseloven § 19 tredje ledd bokstav a – rimelig grunn til å anta at ervervet kan lede til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen

(12) Konkurranseloven § 19 tredje ledd bokstav a oppstiller som nevnt et krav om at det må være rimelig grunn til å anta at ervervet kan lede til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen. I forarbeidene til konkurranseloven av 1993 § 3-11 fjerde ledd er det pekt på at selv om vilkåret skal tolkes strengt, er det ikke meningen at Konkurransetilsynet i sin vurdering skal være nødt til å foreta en tilnærmet fullstendig materiell inngrepsvurdering, tilsvarende den som kreves ved vedtak mot selve foretakssammenslutningen.[4]

(13) Et pålegg om midlertidig gjennomføringsforbud vil ut fra ovennevnte vilkår bare være aktuelt i de tilfeller hvor Konkurransetilsynet har rimelig grunn til å anta at vedkommende bedriftserverv tilfredsstiller kravet til begrensning av konkurransen.[5] Dersom konkurransen er vesentlig begrenset, vil de involverte foretak kunne utøve markedsmakt. Med markedsmakt menes vanligvis en bedrifts evne til, alt annet likt, å kunne gjennomføre en varig og ikke ubetydelig prisøkning, uten at omsatt kvantum synker så mye at det blir ulønnsomt.

(14) Det er flere forhold som er relevante i vurderingen av graden av konkurranseintensiteten i et marked, og dermed for aktørenes muligheter til å utøve markedsmakt. Sentrale momenter er konsentrasjonsgrad, konkurrenters responsmuligheter, etableringsmuligheter, potensiell konkurranse, kjøpermakt og produktenes substituerbarhet. Disse faktorene virker sammen og påvirker graden av konkurranse.

(15) Markedsandeler brukes til å beregne konsentrasjonen i markedet. Konkurransetilsynet legger til grunn at høy markedskonsentrasjon normalt vil være en nødvendig, men ikke en tilstrekkelig betingelse for å fastslå at konkurransen er begrenset. Det er likevel slik at jo høyere konsentrasjonen er i et marked, desto mer sannsynlig er det at konkurransen i markedet er vesentlig begrenset.

(16) For å beregne partenes markedsandeler og konsentrasjonen i markedet, må det foretas en avgrensning av det eller de relevante markedene. Tilsynet understreker at vurderingene nedenfor er av foreløpig karakter.

(17) Konkurransetilsynets foreløpige vurdering er at det for denne sakens del kan avgrenses et eget produktmarked for treningssentertjenester. Det er imidlertid ikke tatt endelig stilling til om markedet kan ha en snevrere produktavgrensning. Videre er det tilsynets foreløpige vurdering at det geografiske markedet for treningssentertjenester er lokalt. Basert på de foreløpige opplysningene i saken, kan det tyde på at partene vil oppnå en markedsandel på over 50 prosent i enkelte lokale markeder som følge av sammenslutningen. Markedsandeler på over 50 prosent gir presumsjon for at konkurransen vil bli vesentlig begrenset som følge av foretakssammenslutningen.

(18) Konkurransetilsynet har foreløpig ikke funnet at potensiell konkurranse, etableringsmuligheter, kjøpermakt eller andre faktorer i tilstrekkelig grad vil kunne motvirke den ensidige markedsmakten som HFN Group vil kunne oppnå gjennom foretakssammenslutningen.

(19) Konkurransetilsynet har etter dette kommet til at det er rimelig grunn til å anta at foretakssammenslutningen vil kunne lede til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen.

---

[4] Ot.prp. nr. 97 (1998-1999) s. 20.
[5] Se Ot.prp. nr. 97 (1998-1999) kapittel 4.8.

2.3 Konkurranseloven § 19 tredje ledd bokstav b – midlertidig forbud må være nødvendig for å sikre gjennomføringen av et eventuelt inngrep etter § 16

(20) Konkurranseloven § 19 tredje ledd bokstav b oppstiller videre et krav om at det må vurderes som nødvendig med et midlertidig forbud for å sikre gjennomføringen av et eventuelt inngrep etter § 16. Hvorvidt det er nødvendig med et midlertidig forbud for å sikre gjennomføringen av et inngrep skal ifølge forarbeidene bero på en konkret vurdering der bl.a. omstendighetene rundt foretakssammenslutningen og markedet, sannsynligheten for et senere inngrep og hensynet til partenes behov for å starte gjennomføringen av den aktuelle foretakssammenslutningen vil være sentrale momenter. Det vil også kunne være relevant å se hen til de økonomiske skadevirkninger for de involverte parter i vurderingen.

(21) Som det fremgår av vurderingen av det første vilkåret, er det Konkurransetilsynets foreløpige vurdering at partenes samlede markedsandel tilsier at det kan bli tale om inngrep mot foretakssammenslutningen. Det er derfor viktig å sikre at et slikt eventuelt inngrep blir effektivt.

(22) Konkurransetilsynet har forståelse for at partene ønsker en rask avklaring av hvorvidt Konkurransetilsynet vil gripe inn mot foretakssammenslutningen. Tilsynet ser det imidlertid som viktig at selskapene ikke får anledning til å foregripe utfallet av tilsynets behandling av saken ved å påbegynne integrasjonsprosessen, idet dette vil kunne medføre iverksettelse av tiltak og utveksling av forretningssensitiv informasjon som vil kunne vanskeliggjøre et eventuelt senere inngrep. Det samme gjelder dersom selskapene iverksetter felles prosjekter gjennom felles markedsføring eller salg, forhandlinger med kunder eller leverandører eller for øvrig iverksetter organisatoriske endringer.

(23) Konkurransetilsynet legger videre vekt på at foretakssammenslutningen omhandler fusjon av to konkurrerende aktører som tilbyr treningssentertjenester. Som tidligere nevnt er det Konkurransetilsynets foreløpige vurdering at det geografiske markedet for treningssentertjenester er lokalt. Konkurransetilsynet har ikke tatt endelig stilling til i hvilke lokale markeder eventuelle konkurransemessige bekymringer, vil kunne gjøre seg gjeldende. Det vil derfor ikke være mulig å avgrense et pålegg om midlertidig gjennomføringsforbud til deler av foretakssammenslutningen. Et fullt gjennomføringsforbud vil av denne grunn være nødvendig. Etter Konkurransetilsynets vurdering vil et fullt gjennomføringsforbud også være forholdsmessig.

(24) Med henvisning til det ovennevnte er Konkurransetilsynet av den oppfatning at hensynet til å sikre gjennomføringen av et eventuelt fremtidig inngrepsvedtak i denne saken, veier tyngre enn partene sitt konkrete behov for å starte en integrasjonsprosess.

(25) Konkurransetilsynet finner derfor at et midlertidig gjennomføringsforbud mot foretakssammenslutningen er nødvendig for å kunne gjennomføre et eventuelt senere vedtak om inngrep etter konkurranseloven § 16.

3 Vedtak om midlertidig forbud

(26) På denne bakgrunn, og med henvisning til konkurranseloven § 19 tredje ledd, har Konkurransetilsynet fattet følgende vedtak:

Altor Fund III (via ELIXIA Holding IV AS) og TryghedsGruppen smba forbys å iverksette sammenslåing av selskapene ELIXIA Holding III AS og Health & Fitness Nordic AB sine virksomheter inntil Konkurransetilsynets endelige avgjørelse i saken foreligger. Dette

innebærer at selskapene i denne perioden må opptre helt uavhengig av hverandre, både seg i mellom og overfor kunder, leverandører og andre.

Vedtaket trer i kraft fra dags dato og gjelder frem til endelig vedtak eller avgjørelse etter konkurranseloven § 16 foreligger.

Vedtaket kan påklages innen tre uker fra mottak av dette brev, jf. forvaltningsloven § 29 første ledd. En eventuell klage stiles til Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet, men sendes til Konkurransetilsynet.

Eventuelle spørsmål om Konkurransetilsynets videre behandling av saken kan rettes til Gjermund Nese på telefon 55 59 75 71 eller Kjersti-M. Bruaas på telefon 55 59 76 52.

Med hilsen



Gjermund Nese (e.f.)
avdelingsdirektør

Mottaker	*Postadresse*	*Poststed*	*Kontakt/e-post*
Advokatfirmaet Wiersholm AS	Postboks 1400 Vika	0115 OSLO Norge	Håkon Cosma Størdal hcst@wiersholm.no