



Mottaker
Ro Sommernes Advokatfirma DA
Postboks 1983 Vika
0125 OSLO
Norge
Nils Holger Koefoed

Deres ref.:

Vår ref.: 2013/0131-41

Saksbehandler: Astrid Boge
Saksansvarlig: Magnus Gabrielsen

Dato: 05.12.2014

Vedtak V2014-15 - Jotunfjell Partners AS - konkurranseloven § 29, jf. § 19 første ledd - overtredelsesgebyr - brudd på gjennomføringsforbudet

1 Innledning

- (1) Det vises til Konkurransetilsynets varsel om vedtak 20. november 2013 (heretter "varselet"), Jotunfjell Partners AS' (heretter "JFP") merknader til varselet 6. januar 2014 (heretter "tilsvaret"), samt øvrig korrespondanse og kontakt i anledning saken.
- (2) Konkurransetilsynet har kommet til at JFP i forbindelse med foretakssammenslutningen mellom JFP og Fyllingsdalen Foto AS Konkursbo (heretter "Fyllingsdalen Foto Konkursbo") har overtrådt gjennomføringsforbudet i konkurranseloven¹ § 19 første ledd.
- (3) Konkurransetilsynet har i medhold av konkurranseloven § 29, jf. § 19 første ledd, besluttet å ilegge JFP et overtredelsesgebyr på 700 000 kroner.

2 Sakens bakgrunn

2.1 Nærmere om foretakssammenslutningen

- (4) Konkurransetilsynet mottok alminnelig melding om foretakssammenslutning 15. februar 2013 vedrørende JFPs erverv av 18 leiekontrakter til butikklokaler, driftstilbehør og varelager fra Fyllingsdalen Foto Konkursbo. Den alminnelige meldingen inneholdt også anmodning om unntak fra gjennomføringsforbudet.
- (5) De aktuelle butikkene var stengt som følge av konkursbehandlingen. Mens Konkurransetilsynet vurderte hvorvidt det var grunnlag for å gi unntak fra gjennomføringsforbudet fikk tilsynet indikasjoner på at fotobutikkene var gjenåpnet og i drift av JFP. For å undersøke hvorvidt det forelå et brudd på gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19 første ledd anmodet Konkurransetilsynet om informasjon i e-poster/brev 7. mars, 13. mars og 8. april 2013, og mottok slik informasjon i e-poster/brev 12. mars, 13. mars og 19. april 2013.
- (6) Av informasjonen som er mottatt fremgår det at JFP åpnet butikkene, herunder reengasjerte en del av de ansatte og startet salg av varelageret, 16. februar 2013. Dette var dagen etter at det ble sendt alminnelig melding og anmodet om unntak fra gjennomføringsforbudet. I perioden mellom 16. og 26. februar 2013 etablerte JFP videre nye abonnement på strøm og telefon der det var nødvendig og JFP betalte det samlede vederlaget 21. februar 2013.

¹ Lov av 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven).

- (7) Konkurransetilsynet fattet 21. februar 2013 avgjørelse A2013-8 hvor det ble gitt avslag på anmodningen om unntak fra gjennomføringsforbudet. På dette tidspunktet var det ikke grunnlag for å gi unntak fra gjennomføringsforbudet. JFP ble kjent med Konkurransetilsynets avgjørelse samme dag.²
- (8) Butikkene forble åpne til og med 25. februar 2013. Dette innebærer at butikkene også var åpne i tre dager etter tilsynets avslag på anmodningen om unntak fra gjennomføringsforbudet.
- (9) Den 26. februar 2013 anmodet JFP på nytt om unntak fra gjennomføringsforbudet. På dette tidspunktet, og basert på denne anmodningen, var det grunnlag for å gi unntak fra gjennomføringsforbudet. Unntak ble gitt ved avgjørelse A2013-9 26. februar 2013.

2.2 Partens merknader til varselet

- (10) I det følgende gis en kort redegjørelse for JFPs hovedanførsler til varselet. Anførelsene behandles for øvrig løpende i vedtaket.
- (11) JFP har gjort gjeldende at det ikke er grunnlag for ileggelse av overtredelsesgebyr. JFP fremsetter tre hovedanførsler til støtte for dette.
- (12) For det første anfører JFP at varselet er rettet mot feil rettssubjekt idet det er datterselskapet Foto Invest AS (heretter "Foto Invest") som varig har overtatt den aktuelle virksomheten og som har begått den påståtte overtredelsen. JFP viser i den forbindelse til Foto Invests omsetning for 2013 og anfører at det varslede overtredelsesgebyret er for høyt i forhold til praksis hos Konkurransetilsynet i slike saker.
- (13) For det andre anfører JFP at skyldkravet ikke er oppfylt. JFP viser til at JFP kun har inngått avtale og utpekt Foto Invest som kjøper. Videre gjøres det gjeldende at Foto Invest ikke har opptrådt klanderverdig. Det uttales blant annet at JFP ikke kunne vente med å overta virksomheten, idet konkursboet ikke hadde penger eller mulighet til å ta tilbake JFPs andel av virksomheten med de kostnader som hadde påløpt siden konkursåpning. Videre anføres det at JFP, på bakgrunn av dialog med Konkurransetilsynet, hadde en berettiget forventning om at unntak fra gjennomføringsforbudet ville bli gitt påfølgende virkedag etter at det var anmodet om unntak fra gjennomføringsforbudet. Det nevnes også at JFP ikke meddelte boet at de formelt hadde overtatt, at kjøpesummen ikke ble betalt med det samme og at det ikke ble sendt noen formell henvendelse til gårdeierne. Videre anføres det at JFP antok at avslaget på anmodning om unntak fra gjennomføringsforbudet måtte bero på en feil eller misforståelse fra Konkurransetilsynets side.
- (14) For det tredje anfører JFP at det ikke lenger gjelder meldeplikt for oppkjøpet idet terskelverdiene for meldeplikt ble hevet med virkning fra 1. januar 2014. JFP viser i den forbindelse til straffeloven § 3 annet ledd om at det er lovgivningen på avgjørelsestidspunktet som skal legges til grunn.

3 Overtredelse av konkurranseloven § 19 første ledd

3.1 Innledning

- (15) Konkurranseloven § 29 første ledd bokstav a oppstiller både objektive og subjektive vilkår for ileggelse av overtredelsesgebyr. Konkurransetilsynet vil nedenfor i punkt 3.2 og 3.3 vurdere hvorvidt det objektivt sett etter Konkurransetilsynets vurdering foreligger en overtredelse av konkurranseloven § 19 første ledd. Dernest vil tilsynet behandle skyldkravet i punkt 4 og beviskravet og ansvars plassering i punkt 5, og avslutningsvis i punkt 6 ta stilling til utmålingen av overtredelsesgebyret.

3.2 Utgangspunkt

- (16) Konkurranseloven, slik den lød før lovendringene som trådte i kraft fra og med 1. januar 2014, § 19 første ledd fastsetter at foretakssammenslutninger som omfattes av reglene i konkurranseloven § 18 første ledd, det vil si foretakssammenslutninger som skal meldes til Konkurransetilsynet ved alminnelig melding, ikke må gjennomføres før fristen for pålegg om

² E-post fra Ro Sommernes Advokatfirma DA 12. mars 2013.

fullstendig melding er utløpt. Fristen for å pålegge fullstendig melding var 15 virkedager etter at alminnelig melding er mottatt, jf. konkurranseloven § 18 tredje ledd slik den lød før lovendringene. Etter lovendringene vil foretakssammenslutninger som omfattes av reglene i konkurranseloven § 18 første ledd være foretakssammenslutninger som skal meldes til Konkurransetilsynet ved melding, og det fremkommer nå av konkurranseloven § 19 første ledd at foretakssammenslutninger som omfattes av reglene i § 18 første ledd ikke må gjennomføres før Konkurransetilsynet har avsluttet behandlingen av saken.

- (17) Bakgrunnen for gjennomføringsforbudet er å sikre at Konkurransetilsynet skal kunne utføre kontroll med foretakssammenslutninger på en effektiv måte. Dersom partene helt eller delvis gjennomfører foretakssammenslutningen før Konkurransetilsynet har vurdert hvorvidt det er grunnlag for inngrep etter konkurranseloven § 16, vil dette kunne gjøre tilsynets kontroll illusorisk. Partene må derfor avstå fra ethvert tiltak som kan forhindre en effektiv gjennomføring av et eventuelt inngrep, herunder tiltak som kan forringe foretakenes markedsposisjon eller markedsverdi.³
- (18) Konkurransetilsynet kan med hjemmel i konkurranseloven § 19 annet ledd gjøre unntak fra gjennomføringsforbudet i enkeltsaker. Det fremgår av forarbeidene at bestemmelsen er ment som en snever unntakshjemmel som Konkurransetilsynet kan benytte for å håndtere særlige tilfeller.⁴ Gjennomføringsforbudet gjelder frem til et eventuelt unntak blir gitt.
- (19) Ordlyden i konkurranseloven § 19 første ledd "*må ikke gjennomføres*" tilsier at ethvert gjennomføringstiltak er omfattet av gjennomføringsforbudet.
- (20) Det fremgår videre av konkurranselovens forarbeider at forbudet gjelder generelt og at det ikke er begrenset til enkelte eierbeføyelser. Etter forarbeidene vil enhver overføring av aktiva, immaterialrettigheter og knowhow normalt rammes av gjennomføringsforbudet. I hvilken grad erverver kan utøve sine eierbeføyelser for øvrig må etter forarbeidene vurderes konkret. Et viktig moment i vurderingen vil være at bedriftene skal kunne opptre som selvstendige enheter under saksbehandlingen og etter et eventuelt inngrep.⁵
- (21) Typiske gjennomføringstiltak som rammes av gjennomføringsforbudet er utveksling av ytelser, fysisk integrasjon, informasjonsutveksling utover det som er legitimt og påkrevd som ledd i transaksjonen, overføring av driftsmessig kontroll og drifts- eller markedsmessig samordning.⁶
- (22) Ved aksjeervert vil overtakelse av og oppgjør for aksjene innebære utveksling av ytelser som vil være i strid med gjennomføringsforbudet. Gjennomføringsforbudet er dermed til hinder for at partene foretar slikt oppgjør. Det samme gjelder utøvelse av de aksjonærrettigheter som følger aksjeinnehavet.

3.3 Nærmere om gjennomføringstiltakene

- (23) Konkurransetilsynet legger det til grunn som bevist med klar sannsynlighetsovervekt at JFP har overtatt råderett over butikklokaler, driftsmidler og varelager fra Fyllingsdalen Foto Konkursbo, og startet drift i butikklokalene. I tillegg ble det etablert nye strøm- og telefonabonnement på enkelte lokasjoner, og foretatt betaling av hele vederlaget til Fyllingsdalen Foto Konkursbo. Handlingene utgjør etter Konkurransetilsynets vurdering gjennomføringstiltak som rammes av forbudet i konkurranseloven § 19 første ledd.
- (24) Konkurransetilsynet mottok som nevnt den alminnelige meldingen om foretakssammenslutningen 15. februar 2013. Den 26. februar 2013 ga Konkurransetilsynet JFP unntak fra gjennomføringsforbudet ved avgjørelse A2013-9. De aktuelle gjennomføringstiltakene skjedde før dette tidspunktet, jf. redegjørelsen i punkt 2.

³ Ot.prp. nr. 35 (2007-2008) side 9 flg. jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 97.

⁴ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 97-98.

⁵ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 97.

⁶ Høringsnotat til forslag til forskrift om unntak fra gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19 av 5. desember 2008 side 2.

- (25) Etter Konkurransetilsynets vurdering foreligger det med dette objektivt sett en overtredelse av konkurranseloven § 19 første ledd.

4 Skyldkravet

- (26) Det fremgår av konkurranseloven § 29 at overtredelsen må ha vært forsettlig eller uaktsom for at overtredelsesgebyr skal kunne ilegges. Kravet etter konkurranseloven § 29, jf. § 19 første ledd, er at foretaket, eller noen som handlet på foretakets vegne, var klar over eller i det minste holdt det som mest sannsynlig at gjennomføringshandlingene ble utført, eventuelt at de var å bebreide for overtredelsen.⁷
- (27) Basert på gjennomgangen av faktum i punkt 3.3, legger Konkurransetilsynet det til grunn som bevist med klar sannsynlighetsovervekt at JFP, eller noen som handlet på foretakets vegne, var klar over at ytelser ble utvekslet og at fysisk integrasjon, som åpning av butikker, startet opp. På denne bakgrunn legges det til grunn at JFP, eller noen som handlet på foretakets vegne, forsettlig har overtrådt konkurranseloven § 19 første ledd.
- (28) Under enhver omstendighet må JFP, eller noen som handlet på foretakets vegne, ha opptrådt uaktsomt. Det vises til at selskapet uansett må være å bebreide for å ha gjennomført transaksjonen før utløpet av gjennomføringsforbudet.
- (29) Det er etter dette Konkurransetilsynets vurdering at også de subjektive vilkårene for illeggelse av overtredelsesgebyr er oppfylt.
- (30) Som tidligere nevnt bestrider JFP at skyldkravet er oppfylt for JFP og/eller Foto Invest AS.
- (31) Konkurransetilsynet kan ikke se at JFPs anførsler om at JFP kun inngikk avtalen om foretakssammenslutningen og utpekte Foto Invest som kjøper har betydning for hvorvidt skyldkravet er oppfylt. Det samme gjelder for JFPs anførsel om at Foto Invest ikke har opptrådt klanderverdig.

5 Overtredelsesgebyr

5.1 Rettslige utgangspunkter

- (32) Etter konkurranseloven § 29 kan et foretak eller en sammenslutning av foretak ilegges overtredelsesgebyr dersom foretaket eller sammenslutningen av foretak eller noen som handler på deres vegne, forsettlig eller uaktsomt overtrer gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19 første ledd.
- (33) Som tidligere nevnt har JFP i tilsvaret anført at det ikke lenger gjelder meldeplikt for oppkjøpet som følge av en heving av terskelverdiene, og JFP har i den forbindelse vist til straffeloven § 3 annet ledd om at det er lovgivningen på avgjørelsestidspunktet som skal legges til grunn når den fører til en gunstigere avgjørelse enn ved anvendelse av bestemmelsene som var gjeldende på handlingstidspunktet.
- (34) Konkurransetilsynet vil først bemerke at ervervet av deler av Fyllingsdalen Foto Konkursbo ville utløst meldeplikt også etter de nye terskelverdiene,⁸ og Konkurransetilsynet kan således ikke se at det er grunnlag for JFPs anførsel om at de aktuelle handlinger ikke ville utgjøre et brudd på gjennomføringsforbudet dersom overtredelsen ble begått etter 1. januar 2014.
- (35) Konkurransetilsynet viser videre til at lovendringene ikke berører reglene om gjennomføringsforbud og overtredelsesgebyr for brudd på gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 29, jf. § 19. Det gjelder fremdeles meldeplikt og gjennomføringsforbud for foretakssammenslutninger mellom foretak med omsetning over terskelverdiene, og brudd på gjennomføringsforbudet vil fortsatt sanksjoneres med overtredelsesgebyr. Konkurransetilsynet har således kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr for overtredelser

⁷ Rt. 2012 side 1556, *Gran/Ekran*, premiss 66.

⁸ Summen av omsetningen til JFP og omsetningen knyttet til den delen som erverves av Fyllingsdalen Foto Konkursbo i 2012 overstiger én milliard kroner, og begge omsetningstillene overstiger 100 millioner kroner.

begått før 1. januar 2014 selv om ervervet ikke ville utløst meldeplikt etter de nye terskelverdiene.

5.2 Beviskrav

- (36) Det fremgår ikke direkte av konkurranseloven hvilket beviskrav som gjelder ved ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranselovens § 29. Høyesterett har imidlertid i Rt. 2012 side 1556 slått fast at det kreves klar sannsynlighetsovervekt for ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven.
- (37) Konkurransetilsynet legger etter dette til grunn at for at JFP skal kunne ilegges overtredelsesgebyr for overtredelse av konkurranseloven § 19 første ledd må det foreligge klar sannsynlighetsovervekt for de faktiske omstendigheter som Konkurransetilsynet har lagt til grunn.
- (38) Etter Konkurransetilsynets vurdering er kravet om klar sannsynlighetsovervekt oppfylt, jf. ovenfor i punkt 3.3.

5.3 Ansvars plassering

- (39) Utgangspunktet er at overtredelsesgebyr må ilegges det foretak som har begått overtredelsen.
- (40) I brev fra Ro Sommernes Advokatfirma DA 19. april 2013 ble Konkurransetilsynet gjort oppmerksom på at det var JFPs heleide datterselskap Foto Invest som ervervet deler av Fyllingsdalen Foto Konkursbo. I tilsvaret har JFP som tidligere nevnt anført at gebyret ikke kan rettes til JFP, idet det er Foto Invest som varig har overtatt den aktuelle virksomheten og som har begått den påståtte overtredelsen.
- (41) Oppslag i Brønnøysundregisteret viser at Foto Invest ble stiftet 15. februar 2013 og registrert i enhetsregisteret 18. februar 2013. Det var JFP som forhandlet med Fyllingsdalen Foto Konkursbo og som inngikk avtale med boet. Videre var det JFP som innga alminnelig melding om erverv av deler av Fyllingsdalen Foto Konkursbo og anmodet om unntak fra gjennomføringsforbudet. På bakgrunn av det ovennevnte legger Konkurransetilsynet til grunn at det er JFP som har begått overtredelsen, og som en følge av dette kan ilegges overtredelsesgebyr.

6 Utmåling av overtredelsesgebyr

6.1 Utgangspunkt

- (42) Konkurransetilsynet understreker at hensynet til gjennomføringsforbudets effektivitet tilsier at forbudet må sanksjoneres med overtredelsesgebyr, jf. konkurranseloven § 29 første ledd. Gjennomføringsforbudet inngår som en helt sentral del av fusjonskontrollen, og overtredelser av forbudet må derfor anses som alvorlig.⁹
- (43) Etter konkurranseloven § 29 annet ledd annet punktum skal det ved fastsettelsen av overtredelsesgebyrets størrelse blant annet legges særlig vekt på foretakets omsetning og overtredelsens grovhet og varighet. Angivelsen av disse momentene er ikke uttømmende, også andre momenter kan være av betydning ved utmåling av overtredelsesgebyr.
- (44) Det fremgår av forarbeidene til konkurranseloven at utmålingen av overtredelsesgebyr så langt som mulig bør harmoniseres med prinsippene i EU/EØS.¹⁰ Etter EU-retten skjer fusjonskontrollen i medhold av fusjonsforordningen.¹¹ Tilsvarende som den norske konkurranseloven har fusjonsforordningen regler om automatisk gjennomføringsforbud,¹² og regler om ileggelse av overtredelsesgebyr ved brudd på gjennomføringsforbudet.¹³ Prinsippene

⁹ Kommisjonens avgjørelse 10. juni 2009, COMP/M.4994, *Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône*, IP/09/985, opprettholdt av førsteinstansdomstolen i dom 12. desember 2012 i sak T-332/09 *Electrabel mot Kommisjonen*. Saken er anket til EU-domstolen, under betegnelsen C-84/13 P.

¹⁰ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 118.

¹¹ Rådsforordning nr. 139/2004 om kontroll med foretakssammenslutninger.

¹² Rådsforordning nr. 139/2004 om kontroll med foretakssammenslutninger, OJ L 24, side 1-22, artikkel 7.

¹³ Rådsforordning nr. 139/2004 om kontroll med foretakssammenslutninger, OJ L 24, side 1-22, artikkel 14 nr.2 bokstav b.

for utmåling av overtredelsesgebyr i konkurransesaker i EU/EØS er således relevante ved utmålingen av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29.

- (45) Nærmere regler om utmåling av overtredelsesgebyr er gitt i forskrift 11. desember 2013 nr. 1465 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr (heretter "utmålingsforskriften").
- (46) I henhold til utmålingsforskriften § 2 annet ledd bokstav e kan overtredelsesgebyret ved overtredelse av gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19 første ledd utgjøre inntil ti prosent av foretakets omsetning. Det er omsetningen siste regnskapsår som skal legges til grunn, jf. bestemmelsens tredje ledd.
- (47) Begrepet foretak i utmålingsforskriften skal i likhet med i konkurranseloven forstås på samme måte som i EU/EØS. Det innebærer at dersom morselskapet i et konsern er overtredende, er de prosentvise begrensningene i gebyret som fremgår av § 2 knyttet til konsernets samlede salgsinntekt.
- (48) Det følger videre av utmålingsforskriften § 3 annet ledd bokstav a til f at det ved vurderingen av overtredelsens grovhet særlig skal tas hensyn til overtredelsens art, den faktiske innvirkning på markedet, størrelsen på det berørte markedet, utvist skyld, den kombinerte markedsandelen til de berørte foretak og om avtaler eller tiltak er gjennomført. Andre momenter som kan påvirke utmålingen av gebyr kan etter utmålingsforskriften § 3 sjette ledd blant annet være om foretaket har hatt en ledende eller passiv rolle i overtredelsen, om foretaket ved instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak kunne ha forebygget overtredelsen, om foretaket har bistått Konkurransetilsynet i forbindelse med etterforskningen av overtredelsen, økonomien til det konsern foretaket er en del av og om overtredelsesgebyret har tilstrekkelig preventiv virkning.
- (49) Konkurransetilsynet har ved utmålingen betydelig skjønnsfrihet med hensyn til å tilpasse nivået på overtredelsesgebyret til de krav som er nødvendig for å sikre en effektiv håndheving av konkurranselovens regler om kontroll med foretakssammenslutninger.
- (50) Overtredelsesgebyr utmåles konkret i den enkelte sak og variasjoner i faktum fra sak til sak vil således kunne ha betydning for gebyret. I tillegg vil endringer i rettsutviklingen og rettsoppfatninger kunne medføre behov for å fravike tidligere praksis. Foretakene kan således ikke ha berettigede forventninger om at bestemte typer overtredelser vil sanksjoneres med overtredelsesgebyr på et gitt nivå.¹⁴ En slik skjønnsfrihet for Konkurransetilsynet understøttes både av individualpreventive og allmennpreventive hensyn, som må vektlegges ved utmålingen av overtredelsesgebyr.¹⁵
- (51) Konkurransetilsynet legger videre til grunn at det i saker om brudd på konkurranseloven § 19 gjør seg gjeldende andre hensyn som innebærer at gebyret ikke kan utmåles på samme nivå som ved brudd på samarbeids- og misbruksforbudet i konkurranseloven §§ 10 og 11. De særlige bestemmelsene i forskriften § 3 tredje, fjerde, femte og åttende ledd kommer ikke til anvendelse ved utmåling av overtredelsesgebyr for brudd på gjennomføringsforbudet.
- (52) For at overtredelsesgebyret for brudd på gjennomføringsforbudet skal ha tilstrekkelig preventiv effekt, og derved bidra til en effektiv fusjonskontroll, må imidlertid gebyret utmåles under hensyn til det ansvarlige foretakets størrelse og omsetning.¹⁶ Selv om involvert omsetning gir en god indikasjon på overtredelsens omfang og grovhet, vil imidlertid

¹⁴ Sak 100/80 m.fl., *Musique Diffusion Française mot Kommisjonen*, Sml. 1981 s. 147, premiss 109, sak C-289/02 P m.fl., *Dansk Rørindustri mot Kommisjonen*, Sml. 2005 s. I-5425, premiss 169–170, sak C-397/03, *Archer Midlands mot Kommisjonen*, premiss 21–22 og sak C-510/06, premiss 59, 62–63 og 66. Se også sak T-77/08, *The Dow Chemical Company mot Kommisjonen*, premiss 139–141 samt C-549/10 P, *Tomra Systems ASA m.fl. mot Kommisjonen*, (ennå ikke i Sml.), premiss 104–106.

¹⁵ Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan, Retningslinjer om metoden for fastsettelse av bøter ilagt i henhold til overvåknings- og domstolavtalens protokoll 4 kapittel ii artikkel 23 nr. 2 bokstav a, EØS-tillegget til Den europeiske unions tidende, 21.12.2006, nr. 63/44, avsnitt 4.

¹⁶ Kommisjonens avgjørelse 10. juni 2009, COMP/M.4994, *Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône*, IP/09/985, opprettholdt av førsteinstansdomstolen i dom 12. desember 2012 i sak T-332/09 *Electrabel mot Kommisjonen*. Saken er anket til EU-domstolen, under betegnelsen C-84/13 P.

omsetning ikke være det eneste kriterium som vektlegges i utmålingen, og det bør ikke legges urimelig stor vekt på dette momentet, relativt til andre relevante momenter.¹⁷

6.2 Konkret vurdering

- (53) Konkurransetilsynet legger til grunn at det foreligger en foretakssammenslutning i henhold til konkurranseloven § 17 første ledd bokstav b ved at JFP gjennom det heleide datterselskapet Foto Invest overtar kontrollen over deler av Fyllingsdalen Foto Konkursbo. Ved fastsettelsen av overtredelsesgebyrets størrelse legger derfor Konkurransetilsynet JFP sin omsetning til grunn. Omsetningen til JFP for regnskapsåret 2012 utgjorde 893 657 366 kroner.¹⁸
- (54) Som nevnt i punkt 6.1 er en overtredelse av gjennomføringsforbudet etter sin art å betrakte som en grov overtredelse.¹⁹ Som det vil fremgå av redegjørelsen nedenfor mener Konkurransetilsynet at JFP i denne saken bevisst har valgt å bryte gjennomføringsforbudet. Etter Konkurransetilsynets vurdering forsterker dette overtredelsens grovhet. For at overtredelsesgebyret ved bevisste overtredelser skal ha tilstrekkelig preventiv effekt, og dermed bidra til en effektiv fusjonskontroll, må gebyret settes høyt.
- (55) Konkurransetilsynet legger til grunn at JFP har god kjennskap til konkurransereglene generelt, og gjennomføringsforbudet spesielt. Det vises i denne forbindelse til at JFP anmodet om unntak fra gjennomføringsforbudet før gjennomføringstiltakene startet, og at selskapet gjennom dette er godt kjent med regelverket. Konkurransetilsynet har på denne bakgrunn vektlagt at JFP tok et bevisst valg om å bryte gjennomføringsforbudet, noe som forsterker overtredelsens grovhet, i skjerpene retning ved utmålingen av overtredelsesgebyret.
- (56) Konkurransetilsynet bemerker også at JFP fortsatte overtredelsen selv etter å ha blitt kjent med avgjørelsen om avslag på anmodning om unntak fra gjennomføringsforbudet.²⁰ Etter Konkurransetilsynets oppfatning må dette vektlegges i skjerpene retning ved utmålingen av gebyret.
- (57) Konkurransetilsynet legger videre til grunn at JFP har hatt økonomiske insentiver til å bryte gjennomføringsforbudet. Det legges også til grunn at JFP har hatt en økonomisk gevinst av å åpne butikkene ved de aktuelle lokasjonene tidligere enn det som ville vært tilfellet dersom JFP hadde avvendt Konkurransetilsynets saksbehandling. Av hensyn til at overtredelsesgebyret skal ha tilstrekkelig preventiv effekt mener Konkurransetilsynet på denne bakgrunn at de nevnte momenter bør tillegges vekt i skjerpene retning ved utmålingen.
- (58) I denne saken har gjennomføringstiltakene bestått i utveksling av ytelser og oppstart av fysisk integrasjon. De nevnte tiltakene innebærer en fullstendig gjennomføring av foretakssammenslutningen, hvilket vanskeliggjør Konkurransetilsynets kontroll med foretakssammenslutninger. Dette forsterker overtredelsens grovhet, og er vektlagt som et skjerpene moment i utmålingen av overtredelsesgebyret.
- (59) Overtredelsen hadde en varighet på i overkant av én uke, regnet fra butikkene åpnet 16. februar 2013 til unntak fra gjennomføringsforbudet ble gitt 26. februar 2013. Overtredelsens varighet er ikke tillagt vekt ved utmålingen av gebyret i denne konkrete saken.
- (60) Etter Konkurransetilsynets oppfatning synes foretakssammenslutningen ikke å ha hatt negative konsekvenser for konkurransen. Den faktiske skaden ved overtredelsen er derfor begrenset. Etter Konkurransetilsynets vurdering fratar imidlertid ikke overtredelsens manglende faktiske innvirkning på markedet dens karakter av å være en grov overtredelse. Under enhver omstendighet har adgangen til å legge vekt på overtredelsens faktiske innvirkning på markedet

¹⁷ Sml. tilsvarende i sak C-510/06 P, *Archer Midland mot Kommisjonen*, (ennå ikke i Sml.), premiss 74–77 og sak C-397/03 P, *Archer Midland mot Kommisjonen*, Sml. 2006 s. I-4429, premiss 100–101.

¹⁸ Omsetningstall hentet fra Brønnøysundregistrene.

¹⁹ Kommisjonens avgjørelse 10. juni 2009, COMP/M.4994, *Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône*, IP/09/985, opprettholdt av førsteinstansdomstolen i dom 12. desember 2012 i sak T-332/09 *Electrabel mot Kommisjonen* premiss 235. Saken er anket til EU-domstolen, under betegnelsen C-84/13 P.

²⁰ E-post fra Ro Sommernes Advokatfirma DA 12. mars 2013 bekrefter at JFP mottok avgjørelse A2013-8 21. februar 2013.

etter utmålingsforskriften § 3 etter tilsynets oppfatning begrenset betydning som formildende omstendighet ved utmåling av overtredelsesgebyr for brudd på gjennomføringsforbudet.²¹

- (61) I forbindelse med JFPs anførsel om at overtredelsesgebyret bør rettes mot datterselskapet Foto Invest, som hadde relativt beskjeden omsetning i 2013, fremholder JFP at overtredelsesgebyret således ansees som for høyt i forhold til praksis hos Konkurransetilsynet i slike saker. Til dette bemerkes at dersom det var Foto Invest som hadde begått overtredelsen og blitt ilagt et overtredelsesgebyr ville Konkurransetilsynet, ved fastsettelsen av overtredelsesgebyrets størrelse, likevel lagt til grunn omsetningen til hele det konsernet Foto Invest er en del av. Bakgrunnen for dette er Foto Invest er 100 prosent eid av JFP. I EU-retten er det en presumsjon for at foretak som eier 100 prosent av et annet foretak utøver bestemmende innflytelse over dette foretaket og foretakene er således å anse som en "økonomisk enhet" eller ett "foretak" i konkurranserettslig forstand.²² I slike tilfeller er det hele konsernets omsetning som er relevant for så vidt gjelder ti prosent grensen i utmålingsforskriften § 2 annet ledd bokstav e.²³
- (62) Konkurransetilsynet finner imidlertid at overtredelsesgebyret må settes noe ned grunnet lang saksbehandlingstid.
- (63) På dette grunnlag har Konkurransetilsynet utmålt et overtredelsesgebyr på 700 000 kroner.

7 Vedtak

- (64) På denne bakgrunn og med hjemmel i konkurranseloven § 29 første ledd bokstav a, jf. § 19 første ledd, har Konkurransetilsynet fattet vedtak med følgende slutning:

Jotunfjell Partners AS ilegges et overtredelsesgebyr på 700 000 – syvhundretusen – kroner for overtredelse av konkurranseloven § 19 første ledd.

- (65) Det følger av konkurranseloven § 29 tredje ledd annet punktum at overtredelsesgebyret forfaller til betaling to måneder etter at vedtaket er fattet. Beløpet bes innbetalt til Konkurransetilsynets konto nr. 7694.05.16966. Vedtak om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg, jf. konkurranseloven § 29 tredje ledd tredje punktum.
- (66) Vedtak om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, jf. konkurranseloven § 29 tredje ledd første punktum. JFP kan imidlertid gå til søksmål mot staten for å få prøvet vedtaket. Dersom saken bringes inn for domstolen vil tvangskraften suspenderes. Ved et eventuelt søksmål kan retten prøve alle sider ved saken, og tvisteloven gjelder så langt den passer, jf. konkurranseloven § 29 tredje ledd.

Med hilsen



Magnus Gabrielsen (e.f.)
avdelingsdirektør

²¹ Kommisjonenens avgjørelse 10. juni 2009, COMP/M.4994, *Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône*, IP/09/985, opprettholdt av førsteinstansdomstolen i dom 12. desember 2012 i sak T-332/09 *Electrabel mot Kommisjonen*, premiss 246-247. Saken er anket til EU-domstolen, under betegnelsen C-84/13 P.

²² Evensen og Sæveraas: Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven side 43.

²³ Dette følger blant annet av EU-domstolens avgjørelse i *Akzo*-saken og sak C-521/09 P, se særlig premissene 58-59 og 61.

Mottaker
Ro Sommernes Advokatfirma DA

Postadresse
Postboks 1983 Vika

Poststed
0125 OSLO
Norge

Kontakt/e-post
Nils Holger Koefoed
nhk@rosom.no

Kopi til: