

Wikborg Rein & Co
Postboks 1513 Vika

0117 OSLO
Norge
Simen M. Klevstrand

Deres ref.:

Vår ref.: 2013/0538-11

Saksbehandler: Rudi Wiers

Dato: 09.09.2014

Saksansvarlig: Ingrid Kjeldstad Gullaksen

Vedtak V2014-12 Partsoffentlig versjon - Norfolier Greentec AS - Norfolier AS konkursbo og Norfolier Norge AS konkursbo - konkurranseloven § 29, jf. § 19 - overtredelsesgebyr - overtredelse av gjennomføringsforbud

1 Innledning

- (1) Konkurransetilsynet viser til varsel om illeggelse av overtredelsesgebyr av 18. desember 2013 og deres brev av 22. januar 2014 med merknader til varselet, samt annen kontakt i anledning saken.
- (2) Konkurransetilsynet har konkludert med at Norfolier Greentec AS (heretter "Norfolier Greentec") har overtrådt gjennomføringsforbudet i konkurranseloven¹ § 19. Norfolier Greentec ilegges med hjemmel i konkurranseloven § 29, jf. § 19 et overtredelsesgebyr på 200 000 kroner for overtredelsen av gjennomføringsforbudet.

2 Sakens bakgrunn

2.1 Innledning

- (3) Konkurransetilsynet mottok 14. februar 2013 alminnelig melding fra Katalysator AS, ved advokat Simen M. Klevstrand i advokatfirmaet Wikborg, Rein & Co. Det fremgikk av meldingen at Katalysator AS sitt heleide datterselskap, Norfolier Greentec, 22. november 2012 hadde inngått "Avtale om overdragelse av driftstilbehør mv." med Norfolier AS konkursbo og Norfolier Norge AS konkursbo.
- (4) Overdragelsesavtalen mellom Norfolier Greentec og konkursboene ble på forespørsel ettersendt Konkurransetilsynet 27. februar 2013. Avtalen omfattet overdragelse av ulike eiendeler og rettigheter fra konkursboene til Norfolier Greentec. Det fremgikk videre av avtalens punkt 6.1 at gjennomføringstidspunktet for avtalen var 24. november 2012. Avtalen er undertegnet av bobestyrer, Knut Rø, på vegne av begge konkursboene.
- (5) Konkurransetilsynet behandlet transaksjonen som en ordinær foretakssammenslutning og besluttet 8. mars 2013 at det ikke skulle sendes ubegrunnet varsel i saken, idet tilsynet etter nærmere undersøkelser fant at foretakssammenslutningen ikke ville føre

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

til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i markedet for produksjon og salg av plastposer, plastsekker, plastfolie og annen plastemballasje, samt sortering og bearbeiding av avfall for materialgjenvinning.

- (6) Ettersom det i den alminnelige meldingen fremgikk at enkelte tiltak i tilknytning til avtalen med konkursboene allerede var gjennomført av Norfolier Greentec da meldingen ble inngitt, ble det sendt forespørsel om ytterligere opplysninger om denne avtalen 9. juli 2013. Norfolier Greentec besvarte denne henvendelsen 9. august 2013.
- (7) Tilsynet sendte varsel om vedtak om illeggelse av overtredelsesgebyr for brudd på gjennomføringsforbudet 18. desember 2013. Norfolier Greentec innga tilsvaret til varselet 22. januar 2014. Hovedpunktene i merknadene til varselet gjengis i punkt 2.3 nedenfor og behandles fortløpende i vedtaket.

2.2 Nærmere om partene og foretakssammenslutningen

2.2.1 Partene

- (8) Norfolier AS og datterselskapet Norfolier Norge AS ble tatt under behandling som konkursbo ved kjennelser av 21. november 2012 fra Nedre Romerike Tingrett. Selskapene var på konkurstidspunktet datterselskaper av Longa Industrier AS, som ble tatt under behandling som konkursbo dagen før. Norfolier AS hadde ingen egen virksomhet på konkurspanningstidspunktet.
- (9) I følge punkt 4.2 i den alminnelige meldingen drev Norfolier Norge AS produksjon og salg av plastposer, plastsekker, plastfolie og annen plastemballasje, samt sortering og bearbeiding av avfall for materialgjenvinning. Produksjonen foregikk ved en fabrikk i Follidal og ved en fabrikk på Notodden. Selskapet hadde også et salgsapparat for salg av såkalt "flexible packaging" produsert utenfor Norge av selskaper innen samme konsern.
- (10) Katalysator AS er et investeringsselskap eiet gjennom andre selskaper av personer i Møller-familien. Foretaket har ingen egen virksomhet, men har en rekke datterselskaper.
- (11) Norfolier Greentec er et heleid datterselskap av Katalysator AS. Selskapet ble registrert 23. november 2012 som WR Start Up 50 AS ("GreenTec")², men endret navn til Norfolier Greentec AS 28. november 2012. Samtidig ble foretakets vedtektsfestet formål og styresammensetning endret.
- (12) Norfolier Greentecs vedtektsfestede formål er eie av industri-, produksjons- og salgsvirksomhet, hertil relatert virksomhet inkludert investeringer i selskaper med tilvarende virksomhet. Ifølge Norfolier Greentecs hjemmeside³ driver foretaket med utvikling og levering av renovasjonssekker og regranulat, i tillegg til gjenvinning av plastfolieavfall.

2.2.2 Foretakssammenslutningen

- (13) Den 22. november 2012 ble, som nevnt ovenfor, "Avtale om overdragelse av driftstilbehør mv" inngått mellom Norfolier Greentec (formelt WR Start Up 50 AS) konkursboene til Norfolier AS og Norfolier Norge AS.
- (14) Det følger av avtalen at følgende aktiva ble overdratt fra konkursboene til Norfolier Greentec: driftstilbehør, leasingavtaler for leie av driftstilbehør, tilhørende løsøre, arkiver, regnskapsmateriale, dokumenter, samt lager av råvarer, halvfabrikata, varer

² Ifølge Foretaksregisteret var dette foretaket (org. nr. 999 139 124) registrert av advokatfirmaet Wikborg, Rein & Co 13. november 2012.

³ www.norfolier.no.

under tilvirkning og ferdige varer. Norfolier Greentec betalte ■ millioner kroner som vederlag for driftstilbehøret fra Norfolier Norge AS og ■ kroner for arkiver, regnskapsmaterialer og dokumenter, herunder egne immaterialrettigheter fra Norfolier AS. Gjennomføringstidspunktet for overdragelse av aktiva og oppgjør for dette var som nevnt ovenfor 24. november 2012 i henhold til avtalens punkt 6.1.

- (15) I avtalens punkt 3.1 fremgår det videre at Norfolier Greentec skulle overta boets rettigheter for forpliktelser etter leasingavtalene med DnB og SG Finans for leie av driftstilbehøret, unntatt leasingavtaler for personbiler. Det skulle ikke betales vederlag til boet for inntreden i leasingavtalene, men i stedet gjøres opp direkte med kreditorene DnB og SG Finans.
- (16) Overdragelsesavtalen omfattet ikke leieavtaler til produksjonslokalene eller avtaler med leverandører. Videre var alle ansatte oppsagt av konkursboene.
- (17) Det følger imidlertid av avtalens punkt 4 at konkursboenes morselskap, Longa Industrier AS ved dets konkursbo, skulle gi Norfolier Greentec "en eksklusiv rett frem til 6. desember 2012 å forhandle om kjøp av aksjene i ■⁴ og etter beste evne, innen samme frist, en eksklusiv rett til å inngå leieavtale og/eller erverve eiendommen i ■ på markedsmessige vilkår."
- (18) Av avtalens punkt 3.2 fremgår det videre en forpliktelse for Norfolier Greentec om umiddelbart å rette tilbud om ansettelse på markedsmessige vilkår til minimum 48 av de oppsagte medarbeiderne i konkursboene. Ansettelsesavtaler med 48 tidligere ansatte ble inngått i løpet av desember 2012.
- (19) Norfolier Greentec har også opplyst at selskapet i tiden etter inngåelsen av avtalen med konkursboene lykkes i å komme til enighet med utleiery og om levering av plastråstoff fra enkelte av leverandørene på kreditt.
- (20) Leieavtale for bygget på Notodden ble således inngått 27. november 2012 og for bygget på Folldal 10. desember 2012. Begrenset produksjon ble gjenopptatt etter kort tid ved bygget på Notodden. Det ble videre foretatt investeringer i nytt produksjonsutstyr for ■ millioner kroner ved bygget på Folldal.
- (21) Som en følge av overtakelse av immaterialrettigheter fra konkursboene har Norfolier Greentec også overtatt Norfolier-navnet og varemerket "Norfolier".⁵ Domenenavnet www.norfolier.no ble omregistrert til Norfolier Greentec AS 7. januar 2013.
- (22) I varselet av 18. desember 2013 ga Konkurransetilsynet uttrykk for at gjennomføringen av overdragelsen fra konkursboene til Norfolier Greentec var å anse som en meldepliktig foretakssammenslutning, og at de gjennomførte tiltakene i den anledning var å anse som en overtredelse av gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19. Det varslede overtredelsesgebyret var på kr. 200 000.

2.3 Partenes merknader til varselet

- (23) Norfolier Greentec anfører innledningsvis at det ikke er anledning til å ilegge overtredelsesgebyr basert på opphevede bestemmelser. Det er vist til at overdragelsen ikke ville vært meldepliktig etter de nye terskelverdiene i konkurranseloven § 18 annet ledd og at overdragelsen derfor også faller utenfor det straffesanksjonerte gjennomføringsforbudet. Det er ikke gitt overgangsbestemmelser i endringsloven som gir hjemmel for å anvende opphevede bestemmelser. Straffeloven § 3 er for øvrig til

⁴ Datterselskap av Norfolier AS, ■

⁵ "Norfolier GreenTec" er et registrert varemerke (reg. nr. 254007) ifølge Norsk Varemerketidende 02/2010 (utgis av Patentstyret). Innehaver av varemerket er Norfolier Norge AS.

hinder for at selskapet ilegges gebyr for forsinket melding av en overdragelse som under gjeldende regelverk ikke ville vært meldepliktig.

- (24) Norfolier Greentec anfører videre at Konkurransetilsynet feilaktig har lagt til grunn at overdragelsen utgjorde en "foretakssammenslutning" etter konkurranseloven § 17. Bestemmelsen kan ikke forstås slik at overtakelse av deler av et foretaks eiendeler er å anse som er foretakssammenslutning, når disse aktiva ikke er tilstrekkelig til å videreføre produksjonen og selskapets tilstedeværelse i markedet. Det foreligger ingen praksis fra EU som gir støtte for en så lav terskel som Konkurransetilsynet legger til grunn i sin fortolkning av § 17.
- (25) Hvorvidt det foreligger en foretakssammenslutning kan etter det anførte for øvrig ikke bero på hvilke forbindelser Norfolier Greentec i ettertid har vært i stand til å etablere med tredjeparter. Dette beror utelukkende på disse tredjeparternes individuelle kommersielle beslutninger og ligger utenfor avtalen med konkursboene. Det forelå heller ingen form for tilknytning mellom avtalen om erverv av driftstilbehøret og beslutningene fra tredjeparter, eller noen "klare føringer" for slike beslutninger, slik Konkurransetilsynet synes å legge til grunn. At Norfolier Greentec lyktes å igangsette produksjonen eller inngå avtaler med tredjeparter er ikke relevant for hvorvidt det forelå en foretakssammenslutning. Det bestrides i den sammenheng at virksomheten til Norfolier Greentec er tilnærmet identisk med den virksomhet som Norfolier Norge AS drev forut for konkursen. Det anføres også at tilbudet om kjøpe aksjer i [REDACTED] og til å erverve eiendommene i [REDACTED] gjaldt produksjonsvirksomhet i utlandet som ikke har noen tilknytning til produksjonslokalene i Norge. Det er ikke kommet i stand noen avtale vedrørende dette.
- (26) I relasjon til gebyrets størrelse gjør Norfolier Greentec gjeldende at ettersom overdragelsen fritt kunne vært gjennomført under gjeldende konkurranselov, bør Konkurransetilsynet foreta en vesentlig nedsettelse av det varslede overtredelsesgebyret. Tilsvarende bør det hensyntas at overdragelsen ikke gjaldt overtakelse av en pågående virksomhet, som gjennomføringsforbudet i hovedsak tar sikte på å forhindre. Norfolier Greentec henviser i denne sammenhengen også til sitt brev av 9. august 2013, hvor det gis uttrykk for at det ikke dreier seg om en bevisst overtredelse av gjennomføringsforbudet.
- (27) Norfolier Greentec hevder prinsipielt at overføring av eiendomsrett til driftstilbehør ikke er et element som skjerper overtredelsens grovhet eller som kan tillegges vekt i skjerpende retning ved utmålingen av overtredelsesgebyret, slik Konkurransetilsynet har lagt til grunn. Gjennomføringens art kan bare være grov hvor foretaket er oppmerksom på at gjennomføring vil være i strid med gjennomføringsforbudet og velger en gjennomføring som er ment å hindre en eventuell reversering.
- (28) Vedrørende spørsmålet om de gjennomførte tiltakene er reverserbare i denne saken, vises det til at kjøp fra konkursbo ikke er vanskelig reverserbart og at de overtatte driftsmidlene i hovedsak ble værende på samme sted som før kjøpet.
- (29) Endelig anfører Norfolier Greentec at det fremstår som uklart i varselet om Norfolier Greentecs lojale opptreden i saken er tillagt tilstrekkelig betydning ved utmålingen av overtredelsesgebyret.

3 Konkurransetilsynets kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr for brudd på gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19

3.1 Endringene i konkurranseloven fra 1. januar 2014

- (30) Konkurransetilsynets kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr for brudd på gjennomføringsforbudet følger av konkurranseloven § 29 første ledd bokstav a. Gjennomføringsforbudet fremgår av konkurranseloven § 19 første ledd, som henviser til "foretakssammenslutninger som omfattes av konkurranseloven § 18 første ledd". I meldepliktforskriften⁶ § 2 fremgikk de tidligere terskelverdiene for meldeplikten etter konkurranseloven § 18 første ledd.
- (31) Terskelverdiene for meldeplikten etter konkurranseloven § 18 første ledd ble endret ved lov av 14. juni 2013 nr. 35 om endringer i konkurranseloven.⁷ Lovendringene trådte i kraft 1. januar 2014.
- (32) Konkurransetilsynet vil bemerke at de vedtatte lovendringene ikke berører reglene om overtredelsesgebyr for brudd på gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 29, jf. § 19. Endringene som ble gjort i disse bestemmelsene er kun av redaksjonell art.⁸ Det vil fortsatt gjelde meldeplikt og gjennomføringsforbud for foretakssammenslutninger mellom foretak med omsetning over tersklene etter 1. januar 2014, og brudd på gjennomføringsforbudet vil fortsatt sanksjoneres med overtredelsesgebyr.⁹ Det er følgelig ikke korrekt at bestemmelsene i konkurranseloven §§ 19 og 29 ble opphevet som følge av lovendringene, slik Norfolier Greentec anfører.
- (33) Tilsynet vil videre bemerke at selv om foretakssammenslutningen ikke ville vært meldepliktig i dag, kan dette ikke endre på eller reparere det faktum at terskelverdiene var oppfylt da foretakssammenslutningen ble gjennomført. En senere heving av terskelverdiene medfører ikke at kompetansen til å ilegge overtredelsesgebyr automatisk bortfaller for foretakssammenslutninger som ikke oppfyller de nye terskelverdiene. Det ville i så fall vært naturlig om dette ble omtalt uttrykkelig i forarbeidene til endringsloven. I forarbeidene til endringsloven fremgår det derimot at hevingen av terskelverdiene for meldeplikten i konkurranseloven § 18 første ledd ikke er avgjørende for tilsynets inngreps- og sanksjonskompetanse.¹⁰ Det vises i denne forbindelse til at Konkurransetilsynet har hjemmel til å pålegge meldeplikt for foretakssammenslutninger som ikke oppfyller de nye terskelverdiene, jf. konkurranseloven § 18 tredje ledd. Det at det ikke er gitt overgangsbestemmelser i endringsloven om håndhevingen av konkurranseloven § 29, jf. § 19, i saker hvor de nye terskelverdiene medfører at foretakssammenslutningen ikke ville vært meldepliktig, kan følgelig ikke frata Konkurransetilsynet kompetansen til å ilegge overtredelsesgebyr i disse sakene. Allmennpreventive hensyn og hensynet til en effektiv håndheving av konkurranseloven tilsier fortsatt at det reageres mot brudd på gjennomføringsforbudet, uavhengig av om den aktuelle foretakssammenslutningen ville vært meldepliktig etter at terskelverdiene for meldeplikten ble hevet.
- (34) Konkurransetilsynet legger etter dette til grunn at det er hjemmel til å anvende konkurranseloven § 29, jf. § 19, til å ilegge overtredelsesgebyr i denne saken.

⁶ Forskrift nr. 673 av 28. april 2004 om melding av foretakssammenslutninger.

⁷ Terskelverdiene ble hevet fra 20 og 50 millioner kroner til 100 millioner og 1 milliard kroner, jf. konkurranseloven § 18 annet ledd, slik denne bestemmelsen lyder etter 1. januar 2014.

⁸ Jf. Prop. 75L (2012-2013) s. 147 og 154.

⁹ Jf. V2013-11, avsnitt 28.

¹⁰ Jf. Prop. 75L (2012-2013) s. 104.

3.2 Straffeloven § 3 annet ledd

- (35) Straffeloven § 3 annet ledd får etter sin ordlyd anvendelse kun for "strafferettslige Bestemmelser". Overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 er ikke å anse som "straff" etter Grunnloven § 96.¹¹ Straffeloven § 3 annet ledd kan derfor ikke anvendes direkte.
- (36) Tilsynet kan uansett ikke se at det er grunnlag for en analogisk anvendelse av straffeloven § 3 annet ledd, slik Norfolier Greentec hevder.
- (37) Det følger av straffeloven § 3 første ledd at utgangspunktet for vurderingen av et straffbart forhold er de strafferettslige bestemmelsene som gjelder på gjerningstidspunktet.¹² Det følger videre av annet ledd at de strafferettslige bestemmelsene som gjelder på avgjørelsestidspunktet skal legges til grunn, dersom dette fører til et gunstigere resultat for siktede. Unntaksbestemmelsen i annet ledd kommer imidlertid bare til anvendelse når det er straffetrusselen som er endret, ikke når endringen gjelder handlingsnormen, jf. Rt. 1920 s. 486 og etterfølgende praksis, jf. Matningsdal/Bratholm 2003 s. 21 og Andenæs s. 581 flg.
- (38) De vedtatte lovendringene berører verken straffetrusselen i konkurranseloven § 29 eller handlingsnormen i konkurranseloven § 19 første ledd. Det eneste som er endret er terskelverdiene, nå inntatt i konkurranseloven § 18, for når det gjelder en meldeplikt med påfølgende straffsanksjonert gjennomføringsforbud.
- (39) Konkurransetilsynet legger etter dette til grunn at straffeloven § 3 annet ledd under enhver omstendighet ikke er til hinder for ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29, jf. § 19, i denne saken.
- (40) For ordens skyld legger Konkurransetilsynet til at resultatet ville blitt det samme også etter en analogisk anvendelse av bestemmelsen i ny straffelov § 3, som ikke er trådt i kraft enda. Lovendringene som ble vedtatt i forbindelse med at terskelverdiene ble hevet skyldes ikke et endret syn på hvilke handlinger som bør sanksjoneres. Det er bare terskelverdiene for hvilke foretakssammenslutninger som er meldepliktig under konkurranseloven § 18 første ledd som er hevet. Brudd på gjennomføringsforbudet for meldepliktige foretakssammenslutninger vil fortsatt sanksjoneres etter konkurranseloven § 29, jf. § 19.

4 Konkurransetilsynets vurdering av om det foreligger en foretakssammenslutning

4.1 Rettslige utgangspunkter

- (41) Konkurransetilsynets kompetanse etter konkurranseloven kapittel 4 forutsetter for det første at det skjer en strukturendring som kan defineres som en "foretakssammenslutning". Etter konkurranseloven § 17 første ledd foreligger en foretakssammenslutning når *"to eller flere uavhengige foretak fusjonerer, eller når en eller flere personer eller ett eller flere foretak, direkte eller indirekte, helt eller delvis, varig overtar kontrollen over ett eller flere andre foretak"*.
- (42) I konkurranseloven § 17 tredje ledd bokstav a utdypes det at kontroll kan oppnås gjennom *"rettigheter, avtaler eller andre midler som enkeltvis eller sammen, de juridiske og faktiske forhold tatt i betraktning, gir mulighet til å utøve avgjørende innflytelse over et foretaks virksomhet, særlig eiendomsrett eller bruksrett til et foretaks samlede aktiva eller deler av dem"*.

¹¹ Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 116 og Prop. 75 L. (2012-2013) s. 35 og 63.

¹² Jf. Rt. 1927 s. 593 og Rt. 1933 s. 1001.

- (43) Det er på det rene at bestemmelsen med dette åpner opp for at ikke bare overføring av et foretaks samlede aktiva, men også overføring av deler av et foretaks aktiva, etter omstendighetene kan være en foretakssammenslutning i konkurranselovens forstand.¹³
- (44) Konkurranseloven § 17 tredje ledd tilsvarende rådsforordning 139/2004 (fusjonsforordningen) artikkel 3 nr. 2.¹⁴ Dette innebærer at bestemmelsen må tolkes i samsvar med det tilsvarende vilkåret i fusjonsforordningen, og at praksis fra EU-retten og Kommisjonens konsoliderte jurisdiksjonsmeddelelse ("jurisdiksjonsmeddelelsen")¹⁵ vil være av sentral betydning for vurderingen.
- (45) I jurisdiksjonsmeddelelsen avsnitt 24 utdyper Kommisjonen sin tolkning av fusjonsforordningen artikkel 3 nr. 1 og 2 hva gjelder erverv av kontroll gjennom overdragelse av aktiva:

"The Merger Regulation provides in Article 3(1)(b), (2) that the object of control can be one or more, or also parts of, undertakings which constitute legal entities, or the assets of such entities, or only some of these assets. The acquisition of control over assets can only be considered a concentration if those assets constitute the whole or a part of an undertaking, i.e. a business with a market presence, to which a market turnover can be clearly attributed. The transfer of the client base of a business can fulfil these criteria if this is sufficient to transfer a business with a market turnover. A transaction confined to intangible assets such as brands, patents or copyrights may also be considered to be a concentration if those assets constitute a business with a market turnover. In any case, the transfer of licences for brands, patents or copyrights, without additional assets, can only fulfil these criteria if the licences are exclusive at least in a certain territory and the transfer of such licences will transfer the turnover generating activity. For non-exclusive licences it can be excluded that they may constitute on their own a business to which a market turnover is attached." (vår understrekning).

- (46) Det sentrale vurderingstemaet i henhold til jurisdiksjonsmeddelelsen er om de delene av et foretaks aktiva som overdras kan sies å utgjøre en virksomhet, eller en del av en virksomhet, med markedstilstedeværelse, og om det til denne virksomheten kan knyttes en klart påviselig markedsomsetning. Jurisdiksjonsmeddelelsen kan imidlertid ikke anses for uttømmende å angi hvilke typer overdragelser som vil kunne omfattes av fusjonsforordningen.
- (47) I sak M.5721 *Otto/Primondo* ble Otto sitt oppkjøp av diverse aktiva fra Primondo ansett for å utgjøre en foretakssammenslutning. Otto overtok varemerker, varemerkeapplikasjoner, ett patent, domenenavn, opphavsrettigheter og kundedata. Kommisjonen fant at overtakelsen utgjorde en foretakssammenslutning. Kommisjonen viste blant annet til at oppkjøp av visse aktiva kan representere en foretakssammenslutning etter fusjonsforordningen artikkel 3 (1) bokstav b. Videre ble det vist til at aktiva etter jurisdiksjonsmeddelelsen premiss 24 må utgjøre en virksomhet med tilstedeværelse i et marked som det kan knyttes en omsetning til. Kommisjonen viste til at det dreide seg om postordrevirksomhet hvor de oppkjøpte aktiva utgjorde en viktig støttefunksjon for salgsvirksomheten. I premiss 10 heter det:

"The assets at issue in the present case primarily concern the home-shopping business, and constituted an important supporting basis for the business of the respective

¹³ Se også Konkurransetilsynets veiledningsuttalelse av 7. september 2005 om begrepet "foretakssammenslutning" i relasjon til overføring av næringsseidendom og aktiva mer generelt.

¹⁴ Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 231.

¹⁵ Commission Consolidated Jurisdictional Notice. Publisert i EF-tidende 16. april 2008 (2008/C 95/01): <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:EN:PDF>.

Primondo subsidiaries. Indeed, home-shopping companies do by their very nature not have their own production facilities or shops at their disposal. Therefore, assets like trademarks, domain names, and client data constitute a main basis for such home-shopping business and the turnover generated by trading with consumer goods; the same conclusion applies to those Member States where customer data are very unlikely to be transferred, as already the trademarks and domain names at issue constitute significant assets in the home-shopping business which are vital for the acquisition of customers and turnover. Accordingly, these assets constitute a business to which a market turnover can be attributed, and their transfer amounts to an acquisition of control within the meaning of Article 3(1) (b) of the Merger Regulation." (vår understrekning).

- (48) Ovennevnte vedtak fra Kommissjonen illustrerer at utgangspunktet for vurderingen vil være hvilket marked transaksjonen skjer i, og hva som kjennetegner den type virksomhet som berøres. På bakgrunn av hvilke kjennetegn den aktuelle virksomheten har, vil man dernest kunne si noe om hvilke typer aktiva som er de sentrale for den omsetningsskapende virksomheten ("*main basis for business*") i dette markedet.
- (49) Konkurransetilsynet avga i 2005 en veiledningsuttalelse om begrepet "foretakssammenslutning" i relasjon til overføring av næringseiendom og aktiva mer generelt.¹⁶ I veiledningen fremgår det blant annet at det særlig vil være når kun deler av et foretaks aktiva overtas at det vil kunne være tvilsomt om det foreligger en foretakssammenslutning. Konkurransetilsynet viser til at overføring av aktiva også er behandlet i Kommissjonens tidligere retningslinjer¹⁷ (punkt 11, nå jurisdiksjonsmeddelelsen avsnitt 24) og i tilsynets tidligere retningslinjer for alminnelig melding av foretakssammenslutning¹⁸ (del 2 punkt 1 annet avsnitt), slik at det vil være naturlig å bygge på den veiledningen som fremgår her.
- (50) Formålet med reglene om kontroll med foretakssammenslutninger er at konkurransemyndighetene skal kunne gripe inn mot transaksjoner som leder til varige strukturendringer i markedet. Uttrykket "foretakssammenslutning" må derfor tolkes på bakgrunn av at foretakssammenslutninger tar sikte på å endre markedsstrukturen. Økte markedsandeler som følge av en transaksjon kan indikere en strukturendring og således at transaksjonen innebærer en foretakssammenslutning. I Konkurransetilsynets veiledningsuttalelse fremkommer det at automatisk økt markedsandel som følge av transaksjonen kan være en nyttig rettesnor for om det er tale om en foretakssammenslutning.¹⁹
- (51) At et foretaks sentrale aktiva kan utgjøre grunnlaget for en virksomhet i et marked fremgår også i Norsk Lovkommentar note 163 ved Olav Kolstad:
- "Kontroll kan følge ikke bare av eierrettigheter i selskapets kapital, men kan også følge gjennom eiendomsrett til et foretaks sentrale aktiva, for eksempel et varemerke eller en lisens. Også bruksrett over et foretaks sentrale aktiva vil kunne gi en reell kontroll over foretakets virksomhet."*
- (52) På tilsvarende måte som Kommissjonen legger Konkurransetilsynet til grunn at det sentrale vurderingstemaet vil være om de aktuelle aktiva utgjør grunnlaget for virksomhet med en markedstilstedeværelse, og om det er mulig å knytte en klart

¹⁶ Sak 2005/458.

¹⁷ Commission Notice on the concept of concentration under Council Regulation (EEC) No 4064/89 on the control of concentrations between undertakings. Publisert i EF-tidende 2. mars 1998 (OJ 98/C 66/02).

¹⁸ Etter lovendringene som trådte i kraft 1. januar 2014 er det utarbeidet en ny retningslinje ved navn "Retningslinjer for melding av foretakssammenslutninger". Denne finnes på www.konkurransetilsynet.no

¹⁹ Konkurransetilsynets veiledningsuttalelse om begrepet foretakssammenslutning, punkt 2.

påviselig markedsomsetning til denne virksomheten. Utgangspunktet for vurderingen vil være markedet transaksjonen skjer i, og hva som kjennetegner den type virksomhet som berøres.

4.2 Konkret vurdering

- (53) Som nevnt ovenfor, fant tilsynet at det berørte markedet i denne saken var produksjon og salg av plastposer, plastsekker, plastfolie og annen plastemballasje, samt sortering og bearbeiding av avfall for materialgjenvinning.
- (54) Norfolier Greentec har gjennom overdragelsesavtalen av 22. november 2012 overtatt driftstilbehør²⁰, leasingavtaler for leie av driftstilbehør, tilhørende løsøre, arkiver, regnskapsmateriale, dokumenter, herunder immaterielle rettigheter, samt lager av råvarer, halvfabrikata, varer under tilvirkning og ferdige varer. Norfolier Greentec har således ervervet kontroll over både fysiske og immaterielle aktiva som tilhørte virksomhetene til Norfolier AS konkursbo og/eller Norfolier Norge AS konkursbo.
- (55) Tilgang til driftstilbehør er sentralt for den omsetningsskapende virksomheten ved produksjon av plastemballasje og sortering og bearbeiding av avfall for materialgjenvinning.
- (56) Tilgangen til Norfolier navnet og det beskyttede varemerket er videre egnet til å gi kunder og andre markedsaktører inntrykk av at virksomheten videreføres og må således også anses som sentralt for den omsetningsskapende virksomheten.
- (57) Norfolier Greentec ervervet videre et varelager som var klart for salg, og var således ikke avhengig av å komme i gang med produksjonen umiddelbart for å kunne være til stede i markedet.
- (58) Norfolier Greentec har anført at kjøp av varer for videresalg etter sin art er vesensforskjellig fra kjøp av den virksomheten som har produsert varene. Konkurransetilsynet viser her til at det var lageret av ferdigvarer som ble overdratt. Disse varene må ses i sammenheng med de øvrige aktiva som ble overdratt, da disse var med på å utgjøre grunnlaget for at Norfolier Greentec kunne videreføre både produksjons- og salgsvirksomheten som bestod før konkursåpningen.
- (59) Tilgangen på et lager av råvarer må åpenbart kunne sies å ha bidratt til en rask videreføring av produksjonsvirksomheten. Konkurransetilsynet er derfor ikke enig i at overtagelsen av varelageret ikke er relevant for spørsmålet om det forelå en foretakssammenslutning, slik Norfolier Greentec har anført.
- (60) Norfolier Greentec har i sine merknader til varselet også anført at en overføring av aktiva ikke kan anses å utgjøre en foretakssammenslutning ettersom disse aktiva ikke var tilstrekkelige til å videreføre produksjonen og selskapets tilstedeværelse i markedet.
- (61) Til dette vil Konkurransetilsynet for det første bemerke at også erverv av deler av et foretaks aktiva kan utgjøre en foretakssammenslutning etter konkurranseloven § 17 tredje ledd bokstav a. For at alternativet "deler av dem" skal kunne ha selvstendig betydning, kan det ikke være avgjørende om de overførte aktiva, isolert sett, er tilstrekkelig til å igangsette produksjon av avfallssekker, malerfolie og plastråstoff.
- (62) Avgjørende må etter Konkurransetilsynets vurdering være at de nevnte eiendeler og rettigheter var nært knyttet til og sentrale for de konkursslåtte selskaperes

²⁰ Dette er definert i overdragelsesavtalens punkt 2.1 (a) og (b): "maskiner, redskaper, anlegg, fabrikker, innbo og annet utstyr, rett til varemerke, forretningskjennetegn, patent, design, kretsmønster for integrerte kretser eller ervervet opphavsrett".

produksjons- og salgsvirksomhet, og at de til de overførte aktiva derfor må anses å være tilknyttet en klar og påviselig omsetning. Slik tilsynet vurderer forholdene i denne saken, var de aktiva som ble overtatt fra konkursboene tilstrekkelige til å få til en strukturendring som var egnet til å oppebære en markedstilstedeværelse og en markedsomsetning.

- (63) På denne bakgrunn legger Konkurransetilsynet til grunn at Norfolier Greentec har overtatt en virksomhet med en markedstilstedeværelse som det kan knyttes en markedsomsetning til og at det derfor foreligger en foretakssammenslutning i konkurranselovens forstand, jf. konkurranseloven § 17 første ledd bokstav b.
- (64) Under enhver omstendighet mener Konkurransetilsynet at det ut fra en totalvurdering av overføringsavtalen må legges til grunn at transaksjonen *uansett* er å anse som en foretakssammenslutning etter konkurranseloven § 17.
- (65) Sentralt i denne totalvurderingen er det faktum at avtalen var bygget opp på en slik måte at den gjorde det mulig for Norfolier Greentec å umiddelbart gjenoppta produksjon og salg av avfallssekker, malingsfolie og plastråstoff. Allerede i perioden november – desember 2012 oppebar selskapet en omsetning på ■■■ millioner kroner. Norfolier Greentec har i brev av 9. august 2013 oppgitt at omsetningen i første halvår var på ■■■ millioner kroner.²¹
- (66) Norfolier Greentec har likevel anført at det ikke forelå noen tilknytning mellom avtalen med konkursboene og tredjeparters beslutninger om å inngå nye avtaler med Norfolier Greentec.
- (67) Konkurransetilsynet viser imidlertid til at det fremgår av overdragelsesavtalen at konkursboet forpliktet seg til ikke å tre inn i leieavtalene for lokalene på Notodden og Follidal som ble overtatt. Tilsynet mener derfor at avtalen med konkursboene var egnet til å sikre Norfolier Greentec muligheten til raskt å overta leasingavtalene for driftstilbehøret samt inngå nye leieavtaler for lokalene.
- (68) Konkurransetilsynet legger videre til grunn at overføringsavtalen også la til rette for rask overtakelse av ansatte fra de konkursslåtte selskapene. Konkurransetilsynet viser her til at Norfolier Greentec ifølge overdragelsesavtalen var forpliktet til å rette tilbud til minst 48 av de oppsagte medarbeiderne på markedsmessige vilkår. Samtlige av disse ble etter det opplyste ansatt i Norfolier Greentec i løpet av desember 2012.
- (69) Det må for øvrig legges til grunn at kontaktinformasjon til kunder og leverandører ble overdratt ved avtalen som en del av "arkiver, regnskapsmateriale og dokumenter, herunder alle boets egne immaterielle rettigheter", jf. overdragelsesavtalens punkt 2.1. Tilgang på slike data gjorde det mulig for Norfolier Greentec å kontakte de aktuelle kundene og leverandørene og få i stand nye avtaler. Etter det opplyste lyktes også Norfolier Greentec, få dager etter avtaleinngåelsen, å få på plass nye avtaler med leverandører slik at selskapet kunne igangsette produksjonen etter relativt kort tid.
- (70) Det forhold at ingen leverandør-, kunde- eller ansettelsesavtaler fulgte med i overdragelsen var for øvrig ikke til hinder for at Norfolier Greentec kunne gjenoppta driften.²² Det kan derfor ikke være avgjørende at det gikk noe tid før Norfolier Greentec fikk gjenopprettet full operativ drift og etablert nye leverandøravtaler eller at slike avtaler forutsatte tredjeparts aksept, slik det er blitt anført. Omsetningen fra

²¹ Her var det også opplyst at Norfolier Norge AS hadde en omsetning i 2011 (siste hele driftsår) på 212 millioner kroner.

²² Tilsvarende er lagt til grunn av det britiske Competition Commission i avgjørelse av 27. juni 2014 i Eurotunnel/SeaFrance (s. 86-92). I denne saken overtok Groupe Eurotunnel S.A. kun skip, ansatte, varemerke, domenenavn og kundelister, men ingen leverandør- eller kundekontrakter.

perioden november-desember 2012 viser at Norfolier Greentec var i stand til å videreføre driften uten at samtlige leverandør- og kundeavtaler ble gjenetablert umiddelbart.

- (71) Konkurransetilsynet viser også til at Norfolier Greentec, både i foretaksnavnet og i annen kommersiell sammenheng har benyttet opparbeidelsen av Norfolier-navnet og det beskyttede varemerket.²³ Det kan derfor heller ikke få avgjørende betydning at Norfolier Greentec i dag kun selger ett ferdig plastfolieprodukt fra den tidligere produktporteføljen til konkursboene.
- (72) Konkurransetilsynet konkluderer etter dette med at det forelå en foretakssammenslutning i konkurranselovens forstand, jf. konkurranseloven § 17 første ledd bokstav b, jf. § 17 tredje ledd bokstav a.

5 Overtredelse av konkurranseloven § 19

5.1 Innledning

- (73) Konkurranseloven § 29 første ledd bokstav a oppstiller både objektive og subjektive vilkår for ileggelse av overtredelsesgebyr. Konkurransetilsynet vil nedenfor i punkt 4.2 og 4.3 vurdere hvorvidt det objektivt sett etter Konkurransetilsynets vurdering foreligger en overtredelse av konkurranseloven § 19 første ledd. Dernest vil tilsynet behandle skyldkravet i punkt 6, beviskravet i punkt 7 og i punkt 8 ta stilling til utmålingen av overtredelsesgebyret.

5.2 Rettslig utgangspunkt

- (74) Konkurranseloven § 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,²⁴ ikke må gjennomføres før fristen for pålegg om fullstendig melding er utløpt.²⁵ Fristen for å pålegge fullstendig melding er 15 virkedager etter at alminnelig melding er mottatt, jf. konkurranseloven § 18 tredje ledd.
- (75) Bakgrunnen for gjennomføringsforbudet er å sikre at Konkurransetilsynet skal kunne utføre kontroll med foretakssammenslutninger på en effektiv måte. Dersom partene helt eller delvis gjennomfører en foretakssammenslutning før Konkurransetilsynet har vurdert hvorvidt det er grunnlag for inngrep etter konkurranseloven § 16., vil dette kunne gjøres 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.²⁶
- (76) Ordlyden i konkurranseloven § 19, "må ikke gjennomføres", tilsier at ethvert gjennomføringstiltak er omfattet.
- (77) Det fremgår videre av konkurranselovens forarbeider at forbudet gjelder generelt og ikke er begrenset til enkelte eierbeføyelser. Etter forarbeidene vil enhver overføring av aktiva, immaterialrettigheter, og knowhow normalt omfattes av forbudet. I hvilken grad erverver kan utøve sine eierbeføyelser for øvrig, må etter forarbeidene vurderes

²³ Det vises til brev fra Norfolier Greentec av 9. august 2013 s. 4.

²⁴ Etter lovendringene som trådte i kraft fra og med 1. januar 2014 vil foretakssammenslutninger som omfattes av reglene i konkurranseloven § 18 første ledd være foretakssammenslutninger som skal meldes til Konkurransetilsynet ved melding.

²⁵ Etter lovendringen som trådte i kraft fra og med 1. januar 2014 fremkommer det nå av konkurranseloven § 19 første ledd at foretakssammenslutninger som omfattes av reglene i konkurranseloven § 18 første ledd ikke må gjennomføres før Konkurransetilsynet har avsluttet behandlingen av saken.

²⁶ Jf. Ot.prp. nr. 35 (2007-2008) s. 9 flg. jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 97.

konkret. Et viktig moment i vurderingen vil være at bedriftene skal kunne opptre som selvstendige enheter under saksbehandlingen og etter et eventuelt inngrep.²⁷

- (78) Typiske gjennomføringstiltak som rammes av gjennomføringsforbudet er utveksling av ytelser, fysisk integrasjon, informasjonsutveksling utover det som er legitimt og påkrevd som ledd i transaksjonen, overførings av driftsmessig kontroll og drifts- eller markedsmessig samordning.²⁸

5.3 Nærmere om gjennomføringstiltakene

- (79) Konkurransetilsynet legger til grunn som bevist med klar sannsynlighetsovervekt at Norfolier Greentec har overtatt og betalt for driftstilbehør mv. fra konkursboene til Norfolier AS og Norfolier Norge AS, noe som er erkjent. Umiddelbart etter overtakelsen igangsatte Norfolier Greentec virksomhet som tidligere ble drevet som en del av de konkursslåtte selskapenes virksomheter. Handlingene utgjør etter Konkurransetilsynets vurdering gjennomføringstiltak som rammes av gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19 første ledd.
- (80) Gjennomføringstidspunktet for overdragelsesavtalen var som nevnt ovenfor 24. november 2012. Den alminnelige meldingen ble mottatt 14. februar 2014 og fristen for å pålegge fullstendig melding utløp 7. mars 2013. Konkurransetilsynet legger til grunn at gjennomføringsforbudet gjaldt frem til sistnevnte dato, jf. konkurranseloven § 19 første ledd.
- (81) Etter Konkurransetilsynets vurdering foreligger det med dette objektivt sett en overtredelse av konkurranseloven § 19 første ledd.

6 Skyldkravet

- (82) Det fremgår av konkurranseloven § 29 at overtredelse må ha vært uaktsom eller forsettlig for at overtredelsesgebyr skal kunne ilegges. Kravet etter konkurranseloven § 29, jf. § 19 første ledd er at foretaket, eller noen som handler på dets vegne, var klar over eller i det minste holdt det som mest sannsynlig at gjennomføringshandlingene var utført, eventuelt at de var å bebreide for å bebreide for overtredelsen.²⁹
- (83) Basert på gjennomgangen i punkt 5.3 ovenfor legger Konkurransetilsynet til grunn som bevist med klar sannsynlighetsovervekt at Norfolier Greentec, eller noen som har handlet på foretakets vegne, var klar over at det ble overdratt aktiva og at kjøpesummen for dette ble overført. På denne bakgrunn legges det til grunn at Norfolier Greentec, eller noen som har handlet på dets vegne, forsettlig har overtrådt konkurranseloven § 19 første ledd.
- (84) Under enhver omstendighet må Norfolier Greentec, eller noen som har handlet på dets vegne, ha opptrådt uaktsomt. Det vises til at foretaket uansett må være å bebreide for å gjennomført transaksjonen før den ble meldt til Konkurransetilsynet.
- (85) Norfolier Greentec har anført at det ikke er tale om en bevisst overtredelse av meldeplikten, men skyldes uoppmerksomhet om mulig meldeplikt.
- (86) Konkurransetilsynet kan imidlertid ikke se at Norfolier Greentec var i unnskyldelig rettsvillfarelse da transaksjonene ble gjennomført. Det kreves særlig omstendigheter for at rettsvillfarelse skal regnes som unnskyldelig.³⁰ Konkurransetilsynet viser til at

²⁷ Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 97.

²⁸ Høringsnotat til forslag til forskrift om unntak fra gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19 av 5. desember 2008 (s. 2).

²⁹ Rt. 2012 s. 1556, avsnitt 66.

³⁰ Se Andenæs, Norsk strafferett, 5. utgave, s. 262.

det i den alminnelige meldingen punkt 5 fremgikk klart at omsetningen til de involverte foretakene oversteg terskelverdiene i meldepliktforskriften § 2 første ledd. Eventuell manglende kunnskap om hvilke transaksjoner som er meldepliktige vil ikke kunne regnes som unnskyldelig rettsvillfarelse.³¹

- (87) Det er etter dette Konkurransetilsynets vurdering at også de subjektive vilkårene for illeggelse av overtredelse av overtredelsesgebyr er oppfylt.

7 Overtredelsesgebyr

7.1 Rettslig grunnlag

- (88) 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.

7.2 Beviskrav

- (89) Det fremgår ikke direkte av konkurranseloven hvilket beviskrav som gjelder ved illeggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranselovens § 29. Høyesterett har imidlertid i Rt. 2012 side 1556 slått fast at det kreves klar sannsynlighetsovervekt for illeggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven.
- (90) Konkurransetilsynet legger etter dette til grunn at for at Norfolier Greentec skal kunne ilegges overtredelsesgebyr for overtredelse av konkurranseloven § 19 første ledd må det foreligge klar sannsynlighetsovervekt for de faktiske omstendigheter som Konkurransetilsynet legger til grunn.
- (91) Etter Konkurransetilsynets vurdering er kravet til klar sannsynlighetsovervekt oppfylt i denne saken, jf. ovenfor i punkt 5.3.

8 Utmåling av overtredelsesgebyr

8.1 Utgangspunkt

- (92) 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.³²
- (93) Etter konkurranseloven § 29 tredje 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.
- (94) Det fremgår av forarbeidene til konkurranseloven at utmålingen av overtredelsesgebyr så langt som mulig bør harmoniseres med prinsippene i EU/EØS.³³ Etter EU-retten skjer fusjonskontrollen i medhold av rådsforordning nr. 139/2004 om kontroll med foretakssammenslutninger ("fusjonsforordningen"). Tilsvarende som den norske konkurranseloven har fusjonsforordningen regler om automatisk

³¹ Jf. gjennomgangen av rettspraksis i Matningsdal og Bratholm, Straffeloven kommentarutgave, 2. utgave, første del, s. 506 flg.

³² Jf. Kommisjonens avgjørelse 10. juni 2009, COMP/M.4994, *Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône*, IP/09/985 (saken ble anket til Retten, der Kommisjonens avgjørelse ble opprettholdt. Saken er anket til EU-domstolen, under betegnelsen C-84/13 P).

³³ Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 118.

gjennomføringsforbud,³⁴ og regler om illeggelse av overtredelsesgebyr ved brudd på gjennomføringsforbudet.³⁵ Prinsippene for utmåling av overtredelsesgebyr i konkurransesaker i EU/EØS er således relevant ved utmålingen av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29.

- (95) Nærmere regler om utmåling av overtredelsesgebyr er gitt i forskrift av 11. desember 2013 nr. 1465 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr (heretter "utmålingsforskriften").
- (96) I henhold til utmålingsforskriften § 2 annet ledd bokstav e kan overtredelsesgebyret ved overtredelse av gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19 første ledd utgjøre inntil 10 prosent av foretakets omsetning. Det er omsetningen siste regnskapsår som skal legges til grunn jf. bestemmelsens tredje ledd.
- (97) 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 overtreder, er de prosentvise begrensningene i gebyret som fremgår av § 2 knyttet til konsernets samlede salgsinntekt.
- (98) I tilfeller hvor datterselskapet er en del av den samme økonomiske enheten som morselskapet og morselskapet således utøver avgjørende innflytelse over datterselskapet, er det imidlertid hele konsernets omsetning som er relevant for så vidt gjelder 10 % grensen i utmålingsforskriften § 2 annet ledd. Dette følger blant annet av EU-domstolens avgjørelse i *Akzo-saken* (sak C-97/08), se særlig premissene 58-59 og 61, og sak C-521/09 *Elf Aquitaine*.
- (99) 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 ved retningslinjer, 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.
- (100) 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.
- (101) Overtredelsesgebyret 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 forventinger om at bestemte typer overtredelser vil sanksjoneres med overtredelsesgebyr på et gitt nivå.³⁶ En slik skjønnsfrihet for Konkurransetilsynet understøttes både av individualpreventive og

³⁴ Rådsforordning nr. 139/2004 om kontroll med foretakssammenslutninger, OJ L 24, side 1-22, artikkel 7.

³⁵ Rådsforordning nr. 139/2004 om kontroll med foretakssammenslutninger, OJ L 24, side 1-22, artikkel 14 nr. 2 bokstav b.

³⁶ Jf. sak 100/80 m.fl., *Musique Diffusion Française mot Kommisjonen*, Sml. 1981 s. 147, avsnitt 109; sak C-289/02 P m.fl., *Dansk Rørindustri mot Kommisjonen*, Sml. 2005 s. I-5425, avsnittene 169-170; sak C-397/03, *Archer Midlands mot Kommisjonen*, avsnittene 21-22; og sak C-510/06, avsnittene 59, 62-53 og 66. Se også sak T-77/08, *The Dow Chemical Company mot Kommisjonen*, avsnittene 139-141; samt C-549/10 P, *Tomra Systems ASA m.fl. mot Kommisjonen*, (ennå ikke i Sml.), avsnitt 104-106.

allmennpreventive hensyn, som må vektlegges ved utmålingen av overtredelsesgebyr.³⁷

- (102) 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 og femte ledd kommer ikke til anvendelse ved utmåling av overtredelsesgebyr for brudd på gjennomføringsforbudet.
- (103) For at overtredelsesgebyret for brudd på gjennomføringsforbudet skal ha tilstrekkelig preventiv effekt, og derved bidra til en effektiv fusjonskontroll, må imidlertid gebyret utmåles i forhold til det ansvarlige foretakets størrelse og omsetning.³⁸ Selv om involvert omsetning gir en god indikasjon på overtredelsens omfang og grovhet, vil imidlertid 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.³⁹

8.2 Konkret vurdering

- (104) Norfolier Greentec er 100 % eiet av Katalysator AS. I EU-retten er det en presumsjon for at foretak som eier 100 % av aksjene i et annet foretak utøver bestemmende innflytelse over dette foretaket og foretakene er således er å anse som en "økonomisk enhet" eller ett "foretak" i konkurranserettslig forstand.⁴⁰ I tråd med de ovennevnte prinsippene i utmålingsforskriften vil Konkurransetilsynet ved fastsettelsen av overtredelsesgebyret følgelig ta utgangspunkt i hele konsernets omsetning, jf. utmålingsforskriften § 2 annet ledd bokstav e.
- (105) Ifølge den alminnelige meldingen punkt 5 er det oppgitt at omsetningen for Katalysator AS og dets norske datterselskaper i Norge i 2012 var på ca. 66 millioner kroner i 2012.⁴¹ Som nevnt ovenfor, fremgår det av offentlig oppgitte regnskapstall at Norfolier Greentec omsatte for 3,9 millioner kroner [redacted] 2012.
- (106) Konkurransetilsynet ser generelt alvorlig på enhver form for brudd på gjennomføringsforbudet. Den potensielle skaden ved brudd på gjennomføringsforbudet er stor, ettersom en slik overtredelse vil være egnet til å hindre effektiv kontroll med foretakssammenslutninger. Sanksjoner er således et nødvendig virkemiddel for å oppnå formålet med gjennomføringsforbudet og er ment å virke avskrekkende på ulovlige gjennomføringstiltak.⁴²
- (107) I denne saken har gjennomføringen av foretakssammenslutningen bestått av overføring av sentrale aktiva fra konkursboene til Norfolier Norge AS og Norfolier AS, mot betaling fra Norfolier Greentec på [redacted] millioner kroner. Nærmest umiddelbart etter overtakelsen igangsatte Norfolier Greentec virksomhet som tidligere ble drevet som en del av de konkursslåtte selskapenes virksomhet. Videre har disse aktiva vært i

³⁷ Jf. Kunngjøringen 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) (heretter "Retningslinjene"), EØS-tillegget til Den europeiske unions tidende, 21.12.2006, Nr. 63/44, avsnitt 4.

³⁸ Jf. Kommisjonens avgjørelse 10. juni 2009, COMP/M.4994, *Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône*, IP/09/985.

³⁹ Sml. tilsvarende i sak C-510/06 P, *Archer Midland mot Kommisjonen*, (ennå ikke i Sml.), avsnittene 74–77 og sak C-397/03 P, *Archer Midland mot Kommisjonen*, Sml. 2006 s. I-4429, avsnittene 100–101.

⁴⁰ Jf. Evensen og Sæveraas: Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven side 43.

⁴¹ Oppgitt i brev av 9. august 2013.

⁴² Jf. Ot.prp. nr. 35 (2007-2008) s. 13-14.

drift frem til foretakssammenslutningen ble meldt til Konkurransetilsynet 14. februar 2013.

- (108) De nevnte tiltakene innebærer en fullstendig gjennomføring av foretakssammenslutningen og er vanskelig reverserbare. Konkurransetilsynet er derfor ikke enig i Norfolier Greentecs anførsel om at reversering av de gjennomførte tiltakene ikke er vanskeliggjort i denne saken. Dette momentet skjerper overtredelsens grovhet og er vektlagt i skjerpende retning i utmålingen av overtredelsesgebyret.
- (109) Etter Konkurransetilsynets oppfatning synes ikke den aktuelle foretakssammenslutningen å ha hatt negative konsekvenser for konkurransen. Den faktiske skaden ved overtredelsen er derfor begrenset. Konkurransetilsynet har tatt hensyn til dette ved utmålingen av overtredelsesgebyret. At transaksjonen er liten og at de aktiva som det er tale om i denne saken ikke var i bruk i en periode forut for overtakelsen er ikke i seg selv vurdert som relevante momenter ved utmåling av overtredelsesgebyret.
- (110) Konkurransetilsynet har ved utmålingen videre vektlagt i formildende retning at Norfolier Greentec, ved morselskapet Katalysator AS, på eget initiativ gjorde tilsynet oppmerksom på overtredelsen ved å inngi alminnelig melding og at Norfolier Greentec har samarbeidet lojalt ved å etterkomme tilsynets forespørsler om informasjon i denne saken.
- (111) Tilsynet mener det ikke er et formildende moment ved utmålingen at foretakssammenslutningen ikke oppfyller de nye og høyere terskelverdiene for meldeplikten som trådte i kraft 1. januar 2014.⁴³
- (112) Konkurransetilsynet vil avslutningsvis påpeke at det i foreliggende sak var full adgang for Norfolier Greentec til å søke om unntak fra gjennomføringsforbudet med hjemmel i konkurranseloven § 19 annet ledd. Tidligere avgjørelser under denne bestemmelsen viser at det i flere tilfeller er gitt delvis unntak fra gjennomføringsforbudet i forbindelse med overtagelse av driftsrelaterte eiendeler fra konkursbo.⁴⁴ At det forelå en slik mulighet til å unngå brudd på gjennomføringsforbudet, medfører at det ikke er grunnlag for en nedsettelse av overtredelsesgebyret slik Norfolier Greentec har fremholdt.
- (113) På bakgrunn av ovennevnte har Konkurransetilsynet utmålt et overtredelsesgebyr på 200 000 kroner.

9 Vedtak

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

Norfolier Greentec AS ilegges et overtredelsesgebyr på 200 000 - tohundretusen - kroner for overtredelse av gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19 første ledd.

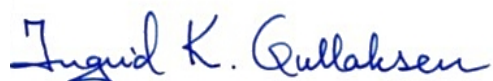
- (115) Det følger av konkurranseloven § 29 fjerde ledd annet punktum at overtredelsesgebyret forfaller til betaling to måneder etter at vedtaket er fattet. Beløpet bes innbetalt til Konkurransetilsynets konto nr. 3227.10.00307. Vedtak om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg, jf. konkurranseloven § 29 fjerde ledd tredje punktum.

⁴³ Terskelverdiene for meldeplikt ble endret ved lov 14. juni 2013 nr. 35. Terskelverdiene ble hevet fra 20 og 50 millioner kroner til 100 millioner og 1 milliard kroner, jf. konkurranseloven § 18 annet ledd, slik denne bestemmelsen lyder etter 1. januar 2014.

⁴⁴ Jf. A2013-1 og A2012-1.

- (116) Vedtak om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, jf. konkurranseloven § 29 fjerde ledd første punktum. Norfolier Greentec AS kan imidlertid gå til søksmål mot staten for å få prøvd vedtaket. Dersom saken bringes inn for domstolen vil tvangskraften oppheves midlertidig inntil søksmålet er avgjort. Ved et eventuelt søksmål kan retten prøve alle sider ved saken, og tvisteloven gjelder så langt den passer, jf. konkurranseloven § 29 fjerde ledd.

Med hilsen



Ingrid Kjeldstad Gullaksen (e.f.)
Avdelingsdirektør