

Instrutek AS

Elveveien 28  
3262 Larvik

Deres ref.:

Vår ref.: 2005/661  
MAB SORW 474.8

Saksbeh.:

Dato: 8. november 2005

## ■ Instrutek AS – konkurranseloven § 29 jf. § 18 – vedtak om overtredelsesgebyr

### Vedtak V2005-15

Vi viser til vårt varsel om overtredelsesgebyr av 1. juli 2005 og brev fra statsautorisert revisor [<sup>1</sup>]i Ernst & Young av 12. juli 2005 på vegne av Instrutek AS. Vi har også mottatt ytterligere opplysninger og dokumentasjon fra statsautorisert revisor [<sup>2</sup>].

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

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

Den 11. mai 2005 ble det innlevert alminnelig melding om innfusjonering av Basse Gundersen AS i Instrutek Agentur AS. Konkurransetilsynet la i sitt varsel om overtredelsesgebyr til grunn at meldeplikten inntrådte allerede 20. januar 2005, og at meldingen således er inngitt for sent.

I brev av 12. juli 2005 blir det anført Instrutek at melding er rettidig innsendt fordi endelig avtale først ble inngått ”i begynnelsen av mai”. Det skulle foretas en selskapsgjennomgang (”due diligence”), og gjennomføringen av fusjonen berodde angivelig på utfallet av selskapsgjennomgangen. Ifølge Instrutek ble dette forbeholdet først løftet i begynnelsen av mai

---

<sup>1</sup> Opplysninger unntatt offentlighet i medhold av offentlighetsloven § 5a jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr.1.

<sup>2</sup> Opplysninger unntatt offentlighet i medhold av offentlighetsloven § 5a jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr.1.

2005. Instrutek hevder at det først på dette tidspunkt var endelig avklart og avtalt at det skulle sendes melding til Foretaksregisteret etter aksjeloven § 13-16 (1) om at fusjonen skal tre i kraft.

Konkurransetilsynet legger imidlertid til grunn at endelig avtale forelå allerede 20. januar 2005, og opprettholder at foretakssammenslutningen er meldt for sent til Konkurransetilsynet.

Det fremgår av forarbeidene<sup>3</sup> til konkurranseloven § 18 at begrepet ”endelig avtale” har det samme innholdet som i praksis etter konkurranseloven av 1993 § 3-11. Ifølge praksis er en avtale endelig i konkurranselovens forstand når alle nødvendige avtalerettslige og selskapsrettslige forhold er på plass. I en avtale om fusjon vil dette normalt innebære at avtalen, i tillegg til å være underskrevet av de respektive partene, må være godkjent av foretakenes generalforsamlinger.

I foreliggende sak ble fusjonsplanen godkjent av foretakenes styre og generalforsamlinger henholdsvis 13. og 20. januar 2005. Verken den fremlagte generalforsamlingsprotokoll av 20. januar 2005 eller fusjonsplanen av 13. januar 2005, som generalforsamlingens vedtak bygger på, inneholder noen som helst form for forbehold, utover at det i fusjonsplanens punkt 6 fremgår at ”det skal gjennomføres en juridisk og økonomiske due diligence, for å avgjøre om det skal gjøres justeringer på det avtalte bytteforholdet i fusjonen”.

Generelt kan det antas at avtalen er endelig når dens gjennomføring kun er avhengig av forhold utenfor partenes kontroll. Dersom et forbehold derimot antas å ligge innenfor partenes kontroll, må det avgjøres konkret i den enkelte sak om forbeholdet er av en slik karakter at endelig avtale ikke kan sies å foreligge. Sannsynligheten for at transaksjonen vil bli gjennomført vil stå sentralt i denne vurderingen.

I foreliggende sak fremgår det ikke av fusjonsplanen at virkningen av eventuelle uforutsette forhold som følge av selskapsgjennomgangen, skal være at de fusjonerende selskapene er ubundet. Tvert imot fremgår det at virkningen skal være at bytteforholdet i fusjonen skal justeres. Sannsynligheten for at transaksjonen vil bli gjennomført, uavhengig av hva en selskapsgjennomgang vil avdekke, er derfor meget stor. I praksis<sup>4</sup> er det uansett lagt til grunn at endelig avtale foreligger selv om det er tatt forbehold om at det skal gjennomføres en due diligence.

Det fremgår for øvrig av fusjonsplanens punkt 4 at ”praktisk og juridisk skal fusjonen gjennomføres snarest mulig etter at den er vedtatt av ekstraordinær generalforsamling i selskapene”. I tillegg fremgår sammensetningen av selskapets styre etter fusjonen av planens punkt 9. Styret skal ”fungere allerede fra det tidspunkt denne avtalen er underskrevet og fungere som øverste rådgivende organ for selskapene frem til fusjon”. Dette gir indikasjoner på at også gjennomføringen av fusjonen startet allerede i slutten av januar 2005, og at faktisk kontroll ble overtatt.

Konkurransetilsynet er blitt forelagt en prinsippavtale datert 25. januar 2005 vedrørende fusjonen mellom Instrutek Agentur AS og Basse Gundersen AS. I denne avtalen er det satt som forutsetning for melding til foretaksregisteret om endelig gjennomføring av fusjonen at det fusjonerte selskapet har oppnådd finansiering som fritar aksjonærer for tidligere avgitte garantier og sikkerhetsstillelser. Etter tilsynets vurdering vil denne type forbehold ikke kunne medføre at avtalen likevel ikke var endelig i konkurranselovens forstand.

På denne bakgrunn legger Konkurransetilsynet til grunn at endelig avtale ble inngått den 20. januar 2005, og gjennomføringen av fusjonen skjedde kort tid etter dette.

---

<sup>3</sup> Jf. Ot.prp nr. 6 (2003-2004) s. 90 og NOU 2003: 12 s. 99.

<sup>4</sup> Konkurransetilsynets vedtak i sak 2001/569 SAS/Braathens.

Transaksjonen ble meldt til Konkurransetilsynet i brev datert 11. mai 2005, mer enn 3 måneder etter at endelig avtale forelå. Melding ble inngitt etter at Konkurransetilsynet hadde påpekt at det ikke var innkommet alminnelig melding i saken. Meldeplikten for foretakssammenslutninger ble innført ved konkurranselovens ikrafttredelse 1. mai 2004. På det tidspunkt endelig avtale forelå i denne saken hadde meldeplikten dermed eksistert i mer enn 9 måneder.

Det er også kunngjort en fusjonsbeslutning mellom de to selskapene i Foretaksregisteret den 4. oktober 2004. Dette viser at det også tidligere har vært inngått en bindende og meldepliktig fusjonsavtale som ikke har vært meldt til Konkurransetilsynet. Det faktum at fusjonsavtalen fra høsten 2004 ikke ble gjennomført, endrer ikke dette. Således er meldeplikten etter konkurranseloven § 18 i så fall oversett ikke bare én, men to ganger.

Denne sak inngår i den første gruppen med saker hvor det er ilagt overtredelsesgebyr for brudd på meldeplikten. Konkurransetilsynet velger derfor å kun sanksjonere overtredelse med et overtredelsesgebyr på 10 000 kroner.

Tilsynet legger til grunn at 10 000 kroner er uttrykk for et minimum av hva som er aktuelt som overtredelsesgebyr ved overtredelse av meldeplikten. Den mulige konsekvensen av unnlattelse av å melde en foretakssammenslutning til Konkurransetilsynet er at tilsynet ikke får vurdert om det er aktuelt med inngrep etter konkurranseloven § 16. Ved for sent innkommet melding kan det i praksis bli vanskelig for Konkurransetilsynet å gjennomføre et eventuelt inngrep.

Ifølge konkurranseloven § 29 tredje ledd annet punktum skal det ved fastsettelsen av overtredelsesgebyrets størrelse legges særlig vekt på foretakets omsetning og overtredelsens grovhet og varighet. Dette er nærmere regulert i forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr.<sup>5</sup> I og med at Konkurransetilsynet i denne sak kun illegger et minimumsgebyr, er det ikke nødvendig å gå nærmere inn på utmålingen av gebyret.

Med utgangspunkt i terskelverdiene som følger av forskrift om melding av foretakssammenslutninger<sup>6</sup> § 2 for at en foretakssammenslutning skal være omfattet av meldeplikten, kan det legges til grunn at et overtredelsesgebyr på 10 000 kroner generelt vil utgjøre et lavt beløp i forhold til det som ville vært resultatet av en konkret utmåling av gebyret. Konkurransetilsynet konstaterer at dette også gjelder i den foreliggende saken.

På denne bakgrunn har Konkurransetilsynet med hjemmel i konkurranseloven § 29 første ledd bokstav a, jf. tredje ledd første punktum fattet slikt vedtak:

**Instrutek AS ilegges et overtredelsesgebyr på 10 000 – ti tusen – kroner for overtredelse av meldeplikten i konkurranseloven § 18 første ledd i forbindelse med innfusjoneringen av Basse Gundersen AS i Instrutek Agentur AS, jf. § 29 første ledd bokstav a.**

Overtredelsesgebyret forfaller i henhold til konkurranseloven § 29 fjerde ledd annet punktum til betaling to måneder etter at vedtaket er fattet, dvs. 8. januar 2006. Beløpet kan innbetales på Konkurransetilsynets konto nr.: 7694.05.00245.

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

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

<sup>6</sup> Forskrift 28. april 2004 nr. 673 om melding av foretakssammenslutninger mv.



søksmål vil tvangskraften suspenderes. Ved et eventuelt søksmål kan retten prøve alle sider av saken, og tvistemålsloven gjelder så langt den passer.