

Connex Norge AS
Klubbgaten 1
4013 Stavanger

Deres ref.:

Vår ref.: 2005/685
MAB KAWO 522.1

Saksbeh.:

Dato: 8. november 2005

■ Connex Norge AS – konkurranseloven § 29 jf. § 18 - vedtak om overtredelsesgebyr

Vedtak V2005-16

Det vises til Konkurransetilsynets varsel om overtredelsesgebyr datert 1. juli 2005, Deres svarbrev datert 7. juli 2005, samt øvrig korrespondanse i sakens anledning.

I henhold til konkurranseloven¹ § 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 25. mai 2005 ble det innlevert alminnelig melding om Connex Norge AS' (Connex) erverv av Gråkallbanen AS (Gråkallbanen). Konkurransetilsynet la i sitt varsel om overtredelsesgebyr til grunn at meldeplikten inntrådte allerede den 11. april 2005, og at meldingen således er inngitt for sent.

Connex hevder i brev av 7. juli 2005 at Konkurransetilsynet har tatt feil når det legges til grunn at endelig avtale ble inngått gjennom generalforsamlingsbeslutningen den 11. april 2005. Bakgrunnen for dette er at aksjene ble ervervet suksessivt og at det har vært gjennomført en kapitalforhøyelse i selskapet. Kapitalforhøyelsen medfører etter det Connex hevder at kontroll over selskapet ikke ble ervervet før undertegningen av aksjetegningen, det vil si den 30. mai 2005.

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

Konkurranseloven § 17 tredje ledd gir en nærmere definisjon av når kontroll er oppnådd. Etter denne bestemmelsen oppnås kontroll gjennom

”rettigheter, avtaler eller andre midler som enkeltvis eller sammen, de faktiske eller juridiske forhold tatt i betraktning, gir mulighet til å utøve avgjørende innflytelse over et foretaks virksomhet, særlig

- a) eiendomsrett eller bruksrett til et foretaks samlede aktiva eller deler av dem,
- b) rettigheter eller avtaler som gir avgjørende innflytelse over et foretaks organer med hensyn til deres sammensetning, stemmegivning eller beslutninger.”

Gråkallbanens aksjekapital ble den 11. april besluttet utvidet fra [2] til [3]. Ifølge generalforsamlingens beslutning i sak 5/2005 skal de nye aksjene ”tegnes av Connex Norge AS”. En slik aksjetegning ville i seg selv sikre Connex Norge AS kontroll over selskapet. Connex hevder som tidligere nevnt at kontroll ikke foreligger før aksjetegningen er gjennomført, det vil si den 30. mai.

Ifølge EU-kommisjonens meddelelse om fusjonsbegrepet⁴ kan en ”option på kjøp eller konvertering av aksjer...ikke i sig selv anses for at resultere i enekontroll, med mindre denne optionsret vil blive udøvet i nær fremtid i henhold til retligt bindende aftaler”.

For Konkurransetilsynet er det ikke nødvendig å ta stilling til om Connex allerede den 11. april 2005 var forpliktet til å gjøre bruk av tegningsretten. Selv om tilsynet skulle legge til grunn at tegningsretten ikke alene ga Connex Norge AS slik kontroll som utløser meldeplikt etter konkurranseloven § 18, kan den inngå i en helhetsvurdering av om slik kontroll er etablert. Vi viser igjen til EU-Kommisjonens meddelelse, hvor det heter at dersom ”det er sandsynlig, at en sådan optionsret vil blive udøvet, kan det tages med i betraktning som et element, der sammen med andre elementer kan danne grundlag for at konkludere, at der foreligger enekontroll”.

Konkurransetilsynet legger til grunn at det i sin alminnelighet er sannsynlig at tegningsretter utstedt i forbindelse med en rettet kapitalutvidelse vil bli utøvet. I foreliggende sak styrkes denne forventningen av generalforsamlingens vedtak den 11. april 2005 i sak 6/2005 om endring av vedtektenes § 5. Etter endringen lyder vedtektene slik:

”[5].”

Den nye vedtektsbestemmelsen er ment å sikre Connex tre av seks styremedlemmer. Ved stemmelikhet mellom Connex’ representanter og de tre øvrige, vil styreleder i de fleste saker ha dobbeltstemme – jf. aksjeloven § 6-26 (2). Når Connex har sikrets seg retten til å oppnevne styrets leder, har Connex i praksis sikret seg flertall i styret.

Vedtektene ble endret med det forbehold at kapitalforhøyelsen ble vedtatt. Dette forbeholdet ble innfridd på samme møte. Det var derimot ingen forbehold om at aksjene skulle tegnes. Vedtektsendring trådte derfor i kraft straks den var vedtatt.

² Opplysninger unntatt offentlighet med hjemmel i offentlighetsloven § 5a jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.

³ Opplysninger unntatt offentlighet med hjemmel i offentlighetsloven § 5a jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.

⁴ EFT nr. C 66, 02.03.1998.

⁵ Opplysninger unntatt offentlighet med hjemmel i offentlighetsloven § 5a jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.

Etter Konkurransetilsynets vurdering ga den gjennomførte vedtektsendringen i kombinasjon med den vedtatte kapitalforhøyelsen rent faktisk Connex kontroll over Gråkallbanens selskapsorganer den 11. april 2005. Meldeplikten inntrådte følgelig uansett allerede på dette tidspunktet.

Transaksjonen ble meldt til Konkurransetilsynet i brev datert 25. mai 2005, ca. 1 ½ måned etter at kontroll ble overtatt. Melding ble inngitt etter at Konkurransetilsynet i brev av 24. mai 2005 hadde påpekt at det ikke hadde 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 11 måneder.

Denne sak inngår i den første gruppen med saker hvor det er ilagt overtredelsesgebyr for brudd på meldeplikten. Konkurransetilsynet velger derfor å kun sanksjonere overtredelsen 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. Den nærmere utmålingen av gebyret er regulert i forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr.⁶ I og med at Konkurransetilsynet i denne sak kun ilegger 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 foretakssammenslutninger⁷ § 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:

Connex Norge AS ilegges et overtredelsesgebyr på 10 000 – ti tusen – kroner for overtredelse av meldeplikten i konkurranseloven § 18 første ledd i forbindelse med ervervet av 75 prosent av aksjene i AS Gråkallbanen, 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. Connex Norge kan imidlertid gå til søksmål mot staten for å prøve vedtaket. Dersom Connex Norge går til slikt søksmål vil tvangskraften suspenderes. Ved et eventuelt søksmål kan retten prøve alle sider av saken, og tvistemålsloven gjelder så langt den passer.

⁶ Forskrift 22. august 2005 nr. 909 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr.

⁷ Forskrift 28. april 2004 nr. 673 om melding av foretakssammenslutninger mv.