

Deloitte Advokatfirma DA
Advokatfullmektig Eirik Bjørhusdal
Postboks 6013 Postterminalen
5892 Bergen

Deres ref.:

Vår ref.: 2007/1228
MAB laom 473.5

Dato: 25.11.2008

Vedtak 2008-19 - Tertnes Holding AS - konkurranseloven § 29 jf. § 18 - overtredelsesgebyr

Konkurransetilsynet viser til varsel om overtredelsesgebyr av 20. august 2008 som følge av for sent innsendt melding vedrørende Tertnes Holding AS (org. nr. 979 514 131) sitt erverv av 75 prosent, samt opsjon for resterende 25 prosent, av aksjene i Vitek AS. Konkurransetilsynet har ikke mottatt merknader til varselet.

Konkurranseloven¹ ble endret med virkning fra 1. juli 2008. Endelig avtale ble inngått før ikrafttredelsen av lovendringene. Det er derfor konkurranseloven § 18 første ledd, slik denne var gjeldende frem til 1. juli 2008, som kommer til anvendelse i foreliggende sak. Det fremgår av bestemmelsen at Konkurransetilsynet skal informeres om foretakssammenslutninger ved en alminnelig melding som skal inngis senest når endelig avtale er inngått eller kontroll er overtatt. En avtale er endelig når alle nødvendige avtalerettslige og selskapsrettslige forhold er i orden. Dersom faktisk kontroll overtas før endelig avtale er inngått, er det førstnevnte tidspunkt som utløser meldeplikt.

I forskrift av 28. april 2004² § 2 er virkeområdet for den alminnelige meldeplikten innskrenket. Meldeplikten gjelder bare dersom de involverte foretakene har en samlet årlig omsetning i Norge over 50 millioner kroner. Transaksjonen vil likevel ikke være meldepliktig dersom bare ett av de involverte foretakene har en årlig omsetning i Norge over 20 millioner kroner. De involverte foretakene i foreliggende sak har en omsetning som overstiger terskelen i meldepliktforskriften og transaksjonen er derfor meldepliktig.

Meldeplikten påhviler det selskap som overtar kontroll over det ervervede foretak, jf. konkurranseloven § 18 første ledd. Meldepliktig i denne saken var således Tertnes Holding AS.

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.

Etter det opplyste ble aksjekjøpsavtale inngått den 13. september 2007. Tertnes Holding AS fremholder i alminnelig melding at grunnet forbehold om økonomisk, juridisk, teknisk og kommersiell gjennomgang av Vitek AS, forelå ikke endelig avtale før 16. november 2007. Etter Konkurransetilsynets oppfatning vil ikke et slikt forbehold om selskapsgjennomgang utsette tidspunktet for når endelig avtale foreligger. Det vises til Norsk Konkurranserett³ side 680 hvor det fremgår at "[n]år det gjelder forbehold om gjennomføring av due diligence, utsetter dette normalt ikke tidspunktet for endelig avtale." Konkurransetilsynet legger derfor til grunn at endelig avtale ble inngått den 13. september 2007, og at meldeplikten inntrådte på dette tidspunktet.

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

² Forskrift av 28. april 2004 nr. 674 om melding av foretakssammenslutninger mv.

³ Kolstad, Ryssdal, Graver og Hjelmeng: Norsk Konkurranserett, Bind I

Konkurransetilsynet mottok melding om transaksjonen den 22. november 2007, i overkant av to måneder etter at endelig avtale forelå. Melding ble inngitt på eget initiativ.

Konkurransetilsynet legger til grunn at det objektivt sett foreligger brudd på meldeplikten og at også de subjektive vilkår for ileggelse av overtredelsesgebyr er oppfylt. Plikten til å innlevere alminnelig melding fremkommer klart av lovverket. Det vil derfor som det klare utgangspunkt være uaktsomt av et selskap å ikke ha innrettet seg slik at plikten overholdes. Subjektiv skyld vil derfor foreligge med mindre det foreligger spesielle forhold i saken. Konkurransetilsynet har ikke opplysninger om at det foreligger slike forhold i saken.

Bakgrunnen for reglene om meldeplikt for foretakssammenslutninger er at Konkurransetilsynet skal kunne føre kontroll med markedskonsentrasjoner. Manglende melding gjør det vanskelig for Konkurransetilsynet å oppdage foretakssammenslutninger som vil kunne føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen. Ved for sent innkommet melding vil det i praksis kunne bli umulig eller vanskeligere 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. Nærmere regler er gitt i forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr.⁴

Slik Konkurransetilsynet vurderer det synes oppkjøpet i dette tilfellet ikke å ha hatt negative konsekvenser for konkurransen. Det er ikke pålagt fullstendig melding i saken, og det er ikke truffet vedtak om inngrep i henhold til konkurranseloven § 16. Bruddet på meldeplikten i denne saken er derfor å anse som en mindre grov overtredelse av konkurranseloven. Ved utmålingen av overtredelsesgebyret er det videre tatt hensyn til at meldingen ble inngitt på eget initiativ.

Meldeplikten fremkommer imidlertid klart av lovverket, helt uavhengig av om aktørene forventer at Konkurransetilsynet vil gripe inn eller ikke. Ved fastsettelsen av overtredelsesgebyret er det lagt vekt på at det gikk i overkant av to måneder fra endelig avtale ble inngått til alminnelig melding ble inngitt. Det er videre lagt vekt på at det her dreier seg om et selskap som i henhold til meldingen hadde en omsetning på om lag 219 millioner kroner i 2006.

På bakgrunn av en konkret helhetsvurdering av saken fatter Konkurransetilsynet følgende vedtak:

Tertnes Holding AS ilegges et overtredelsesgebyr på 25 000 – tjuéfemtusen – kroner for overtredelse av meldeplikten i konkurranseloven § 18 første ledd i forbindelse med erverv av 75 prosent av aksjene i Vitek AS, jf. § 29 første ledd bokstav a.

I henhold til konkurranseloven § 29 fjerde ledd annet punktum forfaller overtredelsesgebyret til betaling to måneder etter at vedtaket er fattet, dvs. **26. januar 2009**. 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. Tertnes Holding AS kan imidlertid gå til søksmål mot staten for å prøve vedtaket. Dersom Tertnes Holding AS bringer saken inn for domstolene, vil tvangskraften suspenderes. Ved et eventuelt søksmål kan retten prøve alle sider av saken, og tvisteloven⁵ gjelder så langt den passer.

Med hilsen

⁴ Forskrift av 22. august 2005 nr. 909 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr

⁵ Lov av 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister



Ingunn Bruvik (e.f.)
fung. avdelingsdirektør

Vegard Aandal
fung. seksjonsleder