



Multiconsult AS

Postboks 265 Skøyen
0213 Oslo

Deres ref.:

Vår ref.: 2010/90
MAB VEMA 546.5

Dato: 08.07.2011

Vedtak V2011-13 – Multiconsult AS – Industriplan AS – konkurranseloven § 29, jf. § 19 første ledd – vedtak om ileggelse av overtredelsesgebyr – brudd på gjennomføringsforbudet

1 Innledning

- (1) Det vises til Konkurransetilsynets varsel om vedtak 31. mars 2011 (heretter “varselet”), Multiconsult AS’ (heretter ”Multiconsult”) merknader til varselet 15. april 2011 (heretter “tilsvaret”), samt øvrig korrespondanse og kontakt i anledning saken.
- (2) Konkurransetilsynet har kommet til at Multiconsult i forbindelse med foretakssammenslutningen mellom Multiconsult og Industriplan AS (heretter “Industriplan”) har overtrådt gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19 første ledd.
- (3) Konkurransetilsynet har i medhold av konkurranseloven § 29, jf. § 19 første ledd, besluttet å ilegge Multiconsult et overtredelsesgebyr på 125 000,- kroner.

2 Sakens bakgrunn

2.1 Nærmere om foretakssammenslutningen

- (4) Konkurransetilsynet mottok alminnelig melding om Multiconsults erverv av samtlige aksjer i Industriplan 26. januar 2010.
- (5) Multiconsult har i den alminnelige meldingen opplyst at aksjene ble overdratt allerede 1. januar 2010, med oppgjør innen syv dager fra dette tidspunktet. Industriplan bestod, ifølge brev 25. januar 2010, som et selvstendig, heleid datterselskap av Multiconsult, og var foreløpig ikke integrert i Multiconsults øvrige organisasjon. Det ville ifølge Multiconsult ikke bli gjennomført ytterligere integrasjonshandlinger så lenge gjennomføringsforbudet varte.
- (6) I brev 25. januar 2010 er det videre opplyst at Multiconsult ikke var bistått av advokat i forbindelse med oppkjøpet, og at den manglende meldingen skyldtes en forglemmelse fra den som håndterte oppkjøpet. Videre er det opplyst at Multiconsult umiddelbart kontaktet Konkurransetilsynet da selskapet oppdaget forglemmelsen.

2.2 Partens merknader til varselet

- (7) I det følgende gis en kort redegjørelse for Multiconsults hovedanførsler til varselet. For øvrig behandles anførselene løpende i vedtaket.
- (8) Multiconsult aksepterer at vilkårene for ileggelse av overtredelsesgebyr i konkurranseloven § 29 første ledd bokstav a er oppfylt.

- (9) I tilsvaret gjør imidlertid Multiconsult gjeldende at det ikke er grunnlag for å opprettholde gebyrets størrelse, og at det må reduseres vesentlig. I denne sammenheng anføres at tilsynet uriktig har lagt til grunn at det foreligger en forsettlig overtredelse. Multiconsult har kun handlet uaktsomt.
- (10) Videre anføres det at overtredelsen ikke er så grov som Konkurransetilsynet har lagt til grunn i varselet. Multiconsult viser til at overdragelse av aksjene og betaling for disse ikke medførte at de involverte foretakene utad fremstod som en del av samme konsern. I tillegg er det vist til at overtredelsen ikke har hatt noen faktisk skadevirkning, ettersom foretakssammenslutningen ikke har hatt negative konsekvenser for konkurransen i markedet.
- (11) For øvrig anfører Multiconsult at Konkurransetilsynets lange saksbehandlingstid bør hensyntas ved utmålingen. Endelig gjøres det gjeldende at overtredelsesgebyret overstiger det som må anses som nødvendig av allmennpreventive hensyn.

3 Overtredelsesgebyr

3.1 Rettslig grunnlag

- (12) 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.

3.2 Beviskrav

- (13) Det fremgår ikke direkte av konkurranseloven hvilket beviskrav som gjelder ved ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranselovens § 29.
- (14) I lovens forarbeider er det imidlertid lagt til grunn at det anses tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt for ileggelse av overtredelsesgebyr, jf. Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) side 117 og Innst. O. nr. 50 (2003-2004) side 41.
- (15) Borgarting lagmannsrett la i Tine-saken (LB-2009-89085) til grunn at beviskravet etter konkurranseloven måtte være noe skjerpet i forhold til et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt. Det kan i denne sammenheng vises til følgende uttalelse i lagmannsrettens avgjørelse:
- (16) *”Det innebærer at det etter lagmannsrettens oppfatning må fremskaffes en samling ”tungtveiende, nøyaktige og samstemmende bevis” for at en overtredelse har funnet sted. Bevisene undergis deretter en vurdering i tråd med de prinsippene som er skissert i Kolstad mfl. Norsk Konkurranserett, bind II (2006) side 156. Et slikt beviskrav vil være noe skjerpet i forhold til et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt.”*
- (17) Ovennevnte er kommentert av Høyesterett ved behandling av anke over lagmannsrettens dom (HR-2011-01251-A), avsagt 22. juni 2011, hvor Høyesterett i premiss 48 uttaler følgende:
- (18) *”På bakgrunn av at overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 er å anse som straff etter EMK artikkel 6, la lagmannsretten ved bevisbedømmelsen til grunn at det ikke er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt, men at det må fremskaffes en samling ”tungtveiende, nøyaktige og samstemmende bevis”. Jeg oppfatter dette som et krav om klar sannsynlighetsovervekt. Dette er i samsvar med det krav til bevis som Høyesteretts flertall i storkammerdommen i Rt. 2008 side 1409 stilte for å ilegge ordinær tilleggsatt, som også er en sanksjon som har karakter av straff etter EMK artikkel 6. Jeg kan ikke se at det for overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 er grunn til å stille et høyere beviskrav. Høyesterett kan derfor, ved avgjørelsen av saken, bygge på det faktum lagmannsretten har funnet beviset.”*
- (19) Konkurransetilsynet har i foreliggende sak ikke funnet det nødvendig å ta endelig stilling til hvilket beviskrav som generelt gjelder i overtredelsessaker etter konkurranseloven, i det tilsynet er av den oppfatning at et krav om klar sannsynlighetsovervekt uansett vil være oppfylt i foreliggende sak.

3.3 Videre disposisjon

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

4 Overtredelse av konkurranseloven § 19 første ledd

4.1 Utgangspunkt

- (21) 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 en alminnelig melding, ikke må gjennomføres før fristen for pålegg om fullstendig melding er utløpt. Fristen for å pålegge fullstendig melding er 15 virkedager etter at alminnelig melding ble mottatt, jf. konkurranseloven § 18 tredje ledd.
- (22) 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.¹
- (23) Det fremgår videre av konkurranselovens forarbeider at *”enhver overføring av aktiva, immaterialrettigheter og knowhow [...] normalt [vil] rammes av gjennomføringsforbudet. I hvilken grad erverver kan utøve sine eierbeføyelser for øvrig, må vurderes konkret. Et viktig moment i vurderingen vil være at bedriftene skal kunne opptre som selvstendige enheter under saksbehandlingen og etter et eventuelt inngrep.”*²
- (24) Typiske gjennomføringstiltak som rammes av forbudet 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.
- (25) Ved aksjeerverv vil overtakelse av og oppgjør for aksjene innebære utveksling av ytelser som i tråd med ovennevnte 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.

4.2 Nærmere om gjennomføringstiltakene

- (26) I herværende sak har Multiconsult, i henhold til aksjekjøpsavtale 22. desember 2009, fått overdratt samtlige aksjer i Industriplan 1. januar 2010, med oppgjør innen syv dager fra dette tidspunktet. Konkurransetilsynet vurderer det slik at utvekslingen av ytelser er gjennomføringstiltak som rammes av forbudet i konkurranseloven § 19 første ledd.
- (27) Konkurransetilsynet mottok som nevnt ovenfor den alminnelige meldingen 26. januar 2010. Fristen for pålegg av fullstendig melding utløp således 16. februar 2010. Gjennomføringsforbudet løp i henhold til konkurranseloven § 19 første ledd frem til samme dato. De aktuelle gjennomføringshandlingene er foretatt før dette tidspunktet.
- (28) Det foreligger etter dette objektivt sett en overtredelse av konkurranseloven § 19 første ledd.

¹ Ot. prp nr. 6 (2003-2004) side 97.

² Ot. prp nr. 6 (2003-2004) side 97.

5 Skyldkravet

- (29) Det fremgår av konkurranseloven § 29 at overtredelsen må ha vært forsettlig eller uaktsom for at overtredelsesgebyr skal kunne ilegges. Konkurransetilsynet legger til grunn at skylden må dekke det objektive gjerningsinnholdet, slik dette er beskrevet i konkurranseloven § 19 første ledd.
- (30) Konkurransetilsynet er av den oppfatning at Multiconsult forsettlig har overtrådt konkurranseloven § 19 første ledd. I den forbindelse vises til at Multiconsult eller noen som handlet på foretakets vegne var klar over at selskapet overtok aksjene i Industriplan 1. januar 2010 og at vederlaget for aksjene ble overført til selger i løpet av den påfølgende uken.
- (31) Multiconsult har i tilsvaret bestridt at overtredelsen er forsettlig. Multiconsult anfører at tilsynets anvendelse av forsettsbegrepet i forhold til brudd på gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19 første ledd er uriktig og medfører at det foreligger et forsettlig regelbrudd i alle tilfeller hvor gjennomføringshandlingene er utført bevisst selv om det overtakende selskap ikke var oppmerksom på at dette medførte et regelbrudd. Multiconsult bestrider denne forståelsen av reglene og anfører at det følger av EU-praksis at selv om gjennomføringshandlingen er bevisst utført, foreligger det likevel ikke forsettlig brudd på reglene dersom unnlatsen skyldes uaktsomhet.
- (32) Til dette bemerkes at det i fellesskapsretten i liten grad synes å foreligge en grensedragning mellom skyldformene.³ Etter norsk rett vil forsett og uaktsomhet uansett måtte følge de etablerte prinsippene i strafferetten. Følgelig må skylden dekke det objektive gjerningsinnholdet i konkurranseloven § 19 første ledd. Det er heller ikke tvilsomt at forsett kan foreligge selv om overtrederen ikke er kjent med at den aktuelle handlingen er ulovlig.
- (33) Under enhver omstendighet må Multiconsult eller noen som handlet på vegne av foretaket ha opptrådt uaktsomt. Det vises til at selskapet uansett må være å bebreide for å ha gjennomført transaksjonen før den ble meldt til Konkurransetilsynet. Dette er også erkjent av Multiconsult i tilsvaret.
- (34) Konkurransetilsynet finner på denne bakgrunn at også de subjektive vilkårene for ilegging av overtredelsesgebyr er oppfylt.

6 Utmåling av overtredelsesgebyr

6.1 Utgangspunkt

- (35) 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.
- (36) Det fremgår av forarbeidene til konkurranseloven at utmålingen av overtredelsesgebyr så langt som mulig bør harmoniseres med prinsippene i EU/EØS.⁴ 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 gjennomføringsforbud⁵, og regler om ilegging av overtredelsesgebyr ved brudd på gjennomføringsforbudet.⁶
- (37) Nærmere regler om utmåling av overtredelsesgebyr er gitt i forskrift 22. august 2005 nr. 909 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr ("utmålingsforskriften"). Det fremgår av merknadene til utmålingsforskriften § 2 at bestemmelsene legger til rette for at det kan ilegges overtredelsesgebyr på et nivå som gjenspeiler målsettingen i forarbeidene om en harmonisering i

³ Se Kolstad, Ryssdal, Graver og Hjelmeng "Norsk Konkurranseret" Bind II s. 52

⁴ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 118.

⁵ Rådsforordning nr. 139/2004 om kontroll med foretakssammenslutninger, OJ L 24, side 1-22, artikkel 7.

⁶ Rådsforordning nr. 139/2004 om kontroll med foretakssammenslutninger, OJ L 24, side 1-22, artikkel 14 nr.2 bokstav b.

forhold til bøtenivået i konkurransesaker i EU/EØS. Prinsippene for utmåling av overtredelsesgebyr i slike saker er således relevant ved utmålingen av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29.

- (38) 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. Det skal beregnes omsetning for hele virksomheten til foretaket, ikke bare virksomheten i Norge, og ikke bare for det berørte produktmarkedet.
- (39) Det følger videre av utmålingsforskriften § 3 annet ledd at det ved vurderingen av overtredelsens grovhet særlig skal tas hensyn til overtredelsens art, dens faktiske innvirkning på markedet, størrelsen på det berørte markedet, foretakets gevinst, utvist skyld og om overtrederen har hatt en ledende eller passiv rolle i overtredelsen. Andre momenter som kan påvirke utmålingen av gebyr er etter utmålingsforskriften § 3 tredje ledd blant annet om avtaler eller tiltak er gjennomført, om foretaket ved retningslinjer, instruksjon, opplæring eller andre tiltak kunne ha forebygget overtredelsen, eller om foretaket har bistått Konkurransetilsynet i forbindelse med etterforskning av overtredelsen.

6.2 Konkret vurdering

- (40) Konkurransetilsynet legger i likhet med melder til grunn at det foreligger en foretakssammenslutning i henhold til konkurranseloven § 17 første ledd bokstav b ved at Multiconsult overtar kontrollen over Industriplan. Ved fastsettelsen av overtredelsesgebyrets størrelse legger derfor Konkurransetilsynet til grunn omsetningen til Multiconsult og dets datterselskaper. Multiconsult hadde en omsetning på 1 159 678 000 kroner i 2009.⁷
- (41) Konkurransetilsynet ser generelt alvorlig på brudd på gjennomføringsforbudet. Den potensielle skaden ved brudd på gjennomføringsforbudet er stor, ettersom en slik overtredelse vil være egnet til å hindre en effektiv kontroll med foretakssammenslutninger.
- (42) I herværende sak har gjennomføring av foretakssammenslutningen bestått i utveksling av ytelser. En gjennomføring av overdragelse av aksjer og betaling for disse innebærer at eiendomsretten ble overdratt og at de involverte partene i foretakssammenslutningen således fremstod som del av samme konsern utad. Partene har imidlertid ikke foretatt noen form for fysisk integrasjon, og de aktuelle gjennomføringstiltakene er reverserbare. Dette svekker overtredelsens grovhet.
- (43) Multiconsult har i tilsvaret anført at tilsynet ikke har lagt stor nok vekt på at foretakene ikke var fysisk integrert, at gjennomføringstiltakene var enkelt reverserbare, samt at gjennomføringstiltakene ikke hadde noen skadevirkning på markedet. Dette medfører ikke riktighet. De nevnte forhold er vektlagt i formildende retning ved utmålingen.
- (44) Etter Konkurransetilsynets oppfatning synes foretakssammenslutningen videre ikke å ha hatt negative konsekvenser for konkurransen. Den faktiske skaden ved overtredelsen er derfor begrenset. Konkurransetilsynet har vektlagt dette forholdet i formildende retning.
- (45) Multiconsult har videre anført at det er en formildende omstendighet at det ikke foreligger en bevisst overtredelse i denne saken, og at unnlattelsen av å melde utelukkende skyldes mangel på kunnskap og oppmerksomhet om meldepliktsreglene hos dem som håndterte oppkjøpet i Multiconsult.
- (46) Konkurransetilsynet har funnet at det foreligger en forsettlig overtredelse, jf. punkt 5 ovenfor, og kan derfor ikke se at Multiconsults anførsel på dette punktet kan vektlegges i formildende retning.
- (47) Konkurransetilsynet har videre hensyntatt at Multiconsult har bistått tilsynet ved etterforskningen av overtredelsen, herunder at selskapet på eget initiativ avdekket overtredelsen, bidro til avklaring av faktum og innga alminnelig melding. I tillegg har tilsynet vektlagt at overtredelsen hadde en varighet på om lag en og en halv måned.

⁷ Omsetningstall innhentet fra Brønnøysundregistrene.

- (48) Tilsynet har også ved utmålingen sett hen til den saksbehandlingstid som har medgått.
- (49) På dette grunnlag har Konkurransetilsynet utmålt et overtredelsesgebyr på 125 000,- kroner.

7 Vedtak

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

Multiconsult AS ilegges et overtredelsesgebyr på 125 000 – hundreogtjuefemtusen – kroner for overtredelse av konkurranseloven § 19 første ledd.

- (51) 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 kontonummer 3227.10.00307. Vedtak om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg, jf. konkurranseloven § 29 fjerde ledd tredje punktum.
- (52) Vedtak om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, jf. konkurranseloven § 29 fjerde ledd første punktum. Multiconsult AS 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 av saken, og tvisteloven gjelder så langt den passer, jf. konkurranseloven § 29 fjerde ledd.

Med hilsen

Christine B. Meyer
konkurransedirektør

Håkon A. Cosma
juridisk direktør