



Plantasjen Norge AS

Postboks 102, Midtbyen
2201 KONGSVINGER

Deres ref.:

Vår ref.: 2010/817
MAB LIHN 417

Dato: 08.07.2011

Vedtak V2011-15 Plantasjen Norge AS - Mandal Hagesenter 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”), Plantasjen Norge AS’ (heretter “Plantasjen”) merknader til varselet 28. april 2011 (heretter “tilsvaret”), samt øvrig korrespondanse og kontakt i anledning saken.
- (2) Konkurransetilsynet har kommet til at Plantasjen i forbindelse med foretakssammenslutningen mellom Plantasjen og Mandal Hagesenter AS (heretter “MH”) har overtrådt gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19 første ledd
- (3) Konkurransetilsynet har i medhold av konkurranseloven § 29, jf. § 19 første ledd, besluttet å ilegge Plantasjen et overtredelsesgebyr på 250 000 kroner.

2 Sakens bakgrunn

2.1 Nærmere om foretakssammenslutningen

- (4) Konkurransetilsynet mottok alminnelig melding om foretakssammenslutning mellom Plantasjen og MH 8. oktober 2010.
- (5) Konkurransetilsynet registrerte 12. oktober 2010 at det fremkom av Plantasjens hjemmesider¹ at “Plantasjen Mandal åpner 7. oktober 2010”. Tilsynet kontaktet på denne bakgrunn Plantasjen pr. telefon 13. oktober 2010, og deretter pr. e-post samme dag for å undersøke hvorvidt det forelå et brudd på gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19 første ledd.
- (6) Plantasjen har i svarbrev 22. oktober 2010 (“svarebrevet”) opplyst at det allerede i desember 2009 ble inngått en intensjonsavtale om Plantasjens oppkjøp av MH. Etter intensjonsavtalen fra 2009 skulle overdragelse av aksjene skje med virkning fra 1. januar 2011. Den endelige avtalen om overdragelse av aksjer i MH (“Aksjekjøpsavtalen 2010”) ble inngått mellom partene 25. juni 2010. I punkt 4.1 i Aksjekjøpsavtalen 2010 er overtakelsesdato for aksjene satt til 1. november 2010.

¹ www.plantasjen.no.

- (7) I avtalens punkt 4.1 er det videre inntatt en *”kontroll- og samarbeidsbestemmelse”* med følgende ordlyd:

”Uavhengig av overtakelsestidspunktet har Kjøper full råderett og beslutningsmyndighet over Selskapet fra og med 1. oktober 2010, og Selger forplikter seg til å etterfølge instruks fra Kjøper vedrørende Selskapet fra dette tidspunkt.”

- (8) Det ble inngått en franchiseavtale mellom Plantasjen som franchisegiver og MH som franchisetaker 7. oktober 2010 (dagen før alminnelig melding ble oversendt Konkurransetilsynet). Av franchiseavtalen punkt 5.2 fremgår det at *”Avtalen gjelder fra og med 01.oktober 2010.”* Ifølge svarbrevet punkt 2.2.1 trådte franchiseavtalen *”i kraft med tilbakevirkning fra 1.oktober 2010”*. Videre fremgår det av svarbrevet at franchiseavtalen erstattet den over nevnte *”kontroll- og samarbeidsbestemmelsen”* i Aksjekjøpsavtalen 2010.
- (9) Det følger videre av Plantasjens svarbrev at MH i perioden 27. september 2010 til 6. oktober 2010 holdt stengt *”mens lokalene fysisk ble tilpasset Plantasjens konsept og den forestående åpningen som franchisetaker av Plantasjen Norge den 7. oktober 2010.”*

2.2 Partens merknader til varselet

- (10) I det følgende gis en kort redegjørelse for Plantasjens hovedanførsler til varselet. For øvrig behandles anførselene løpende i vedtaket.
- (11) Plantasjens prinsipale anførsel er at de forhold som er omtalt i varselet ikke utgjør en sanksjonerbar overtredelse av gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19 og at varselet bygger på en uriktig forståelse av sakens faktiske og rettslige sider.²
- (12) Plantasjen hevder at kontroll- og samarbeidsbestemmelsen i aksjekjøpsavtalens punkt 4.1 aldri ble gjennomført fordi den ble erstattet av franchiseforholdet som trådte i kraft mellom partene på samme tid, og at Aksjekjøpsavtalen 2010 uansett ikke kan tolkes på den måten Konkurransetilsynet legger til grunn i varselet.³
- (13) Hva angår de fysiske integrasjonstiltakene er det Plantasjens oppfatning at disse utgjør lovlige tilpasninger til franchiseforholdet og dermed ikke utgjør en ulovlig gjennomføring av foretakssammenslutningen.
- (14) Videre hevder Plantasjen at de subjektive vilkår for overtredelsesgebyr ikke er oppfylt fordi varselet legger til grunn feil forståelse av både forsett- og uaktsomhetsbegrepet og hvilke elementer i § 19 skylden skal dekke.
- (15) Subsidiært gjør Plantasjen gjeldende at en eventuell overtredelse i den foreliggende saken ikke bør sanksjoneres med overtredelsesgebyr og viser i den forbindelse til praksis i EU/EØS. Alternativt bør det reageres med et overtredelsesgebyr som er vesentlig lavere enn det som fremkommer av varselet.

3 Overtredelsesgebyr

3.1 Rettslig grunnlag

- (16) 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

- (17) Det fremgår ikke direkte av konkurranseloven hvilket beviskrav som gjelder ved ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29.
- (18) 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.

² Tilsvaret punkt 1.1

³ Tilsvaret punkt 1.2

- (19) 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:

”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.”

- (20) 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:

”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 bevist.”

- (21) 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

- (22) 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

- (23) 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 er mottatt, jf. konkurranseloven § 18 tredje ledd.
- (24) 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.⁴
- (25) 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.”*⁵

⁴ Ot. prp nr. 6 (2003-2004) side 97.

⁵ Ot. prp nr. 6 (2003-2004) side 97.

- (26) Typiske gjennomføringstiltak som rammes av gjennomføringsforbudet 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.
- (27) 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

- (28) Konkurransetilsynet legger til grunn at den nevnte ”kontroll- og samarbeidsbestemmelsen” i punkt 4.1 i Aksjekjøpsavtalen 2010, trådte i kraft 1. oktober 2010. Bestemmelsen gav Plantasjen full råderett, instruksjons- og beslutningsmyndighet over MH fra 1. oktober 2010 og frem til det fastsatte tidspunktet for overtakelse av aksjene 1. november 2010.
- (29) Plantasjen er enig med tilsynet i at ordlyden i bestemmelsen, dersom den tolkes isolert, synes å gi Plantasjen full råderett og beslutningsmyndighet over MH fra 1. oktober 2010.⁶ Plantasjen anfører imidlertid i tilsvaret at avtaleklausulen må tolkes slik at den kun ga Plantasjen inngrepsmulighet på et nærmere avgrenset område og at dette virkeområdet lå innenfor det lovlige.⁷ Plantasjen henviser til alminnelige avtalerettslige tolkningsprinsipper om at en bestemmelses ordlyd aldri kan tolkes isolert og løsrevet fra kontrakten for øvrig. Konkurransetilsynet er på generelt grunnlag enig med Plantasjen i hvordan en avtale skal tolkes, men kan ikke se at de av Plantasjen anførte tolkningsmomenter tilsier at avtalen skal tolkes i strid med den klare ordlyden.
- (30) Plantasjen hevder at bakgrunnen for ”kontroll- og samarbeidsbestemmelsen” var at kjøpesummen for aksjene i MH ble beregnet ut fra selskapets regnskapsmessige balanse pr. 30. september 2010 og ettersom overtakelse ikke skulle skje før en måned senere ville Plantasjen sitte med den økonomiske risikoen for driften av MH frem til overtagelsen.⁸ Det ble derfor ansett som nødvendig å ha en bestemmelse som ga Plantasjen mulighet til å gripe inn mot irregulære forretningsdisposisjoner fra MH.
- (31) Dette er etter Konkurransetilsynets oppfatning ikke en upraktisk situasjon. Den ovennevnte ”kontroll og samarbeidsbestemmelsen” i avtalen går imidlertid utover det å sikre ordinær forretningsdrift. Hadde formålet med ”kontroll- og samarbeidsbestemmelsen” utelukkende vært å sikre en inngrepsmulighet mot irregulære forretningsdisposisjoner, må det legges til grunn at klausulen ville hatt en annen formulering.
- (32) Plantasjen har videre anført at ”kontroll- og samarbeidsbestemmelsen” ikke kan tolkes som en overføring av full råderett og beslutningsmyndighet ettersom avtalens punkt 6.1 viser til at gjennomføringen er betinget av Konkurransetilsynets godkjenning.⁹
- (33) Slik tilsynet ser det omfatter ikke punkt 6.1 i aksjekjøpsavtalen overføring av råderett, instruksjons- og beslutningsmyndighet, kun øvrige gjennomføringshandlinger. Dette følger direkte av ordlyden i punkt 4.1 og sammenhengen mellom avtalens enkeltbestemmelser.
- (34) Det er Konkurransetilsynets oppfatning at avtalen samlet må forstås som at det er de øvrige gjennomføringshandlinger som planlegges gjennomført senere, og at den klare ordlyden i punkt 4.1 viser at punkt 6.1 i aksjekjøpsavtalen ikke omfatter overføringen av råderett og instruksjons- og beslutningsmyndighet.
- (35) Plantasjen har også anført at det i avtaletolkningen må legges vekt på om ett av to eller flere tolkningsalternativer vil føre til at avtalen blir lovlig eller ulovlig. Denne tolkningsregelen kommer etter Konkurransetilsynets oppfatning til anvendelse i de tilfellene hvor det er tolkningstvil. I herværende sak foreligger det ikke slik tolkningstvil ettersom avtalen har en klar ordlyd.
- (36) Plantasjen har gjort gjeldende at franchiseavtalen 7. oktober 2010 erstattet ”kontroll- og samarbeidsbestemmelsen” i punkt 4.1 i Aksjekjøpsavtalen 2010¹⁰ og at sistnevnte bestemmelse

⁶ Tilsvaret punkt 2.2.3

⁷ Tilsvaret punkt 1.2 og 2.2.3

⁸ Tilsvaret punkt 2.2.3 og svarbrevet 3.3.2

⁹ Tilsvaret punkt 2.2.3

således i realiteten aldri trådte i kraft.¹¹ Plantasjen anfører at franchiseavtalen datert 7. oktober 2010 kun kodifiserte og systematiserte et allerede eksisterende rettsforhold mellom partene (i art og omfang tilsvarende et franchiseforhold) og således ble ikrafttredelsestidspunktet i franchiseavtalen satt tilbake i tid, til den 1. oktober 2010.¹² Konkurransetilsynet legger imidlertid til grunn at franchiseavtalen først trådte i kraft datoen den er datert, altså 7. oktober 2010. Franchiseforholdet kan således ikke anses å gjelde fra 1. oktober 2010, slik som Plantasjen har anført. Plantasjen har ikke presentert dokumenter eller annen informasjon som kan tyde på at en slik avtale eksisterte fra et tidligere tidspunkt.

- (37) *"Kontroll- og samarbeidsbestemmelsen"* fra Aksjekjøpsavtalen 2010 var følgelig gjeldende fra 1. oktober 2010 til 7. oktober 2010. I denne perioden hadde Plantasjen full råderett og beslutningsmyndighet over MH. I tillegg var MH forpliktet til å etterfølge instruksjoner fra Plantasjen i denne perioden. De nevnte tiltakene reduserer foretakenes mulighet til å opptre som selvstendige enheter under Konkurransetilsynets saksbehandling og etter et eventuelt inngrep.
- (38) Videre ble MH i perioden mellom 27. september 2010 og 6. oktober 2010 stengt mens lokalene fysisk ble tilpasset Plantasjens konsept. Etter Konkurransetilsynets vurdering viser dette at partene påbegynte fysisk integrasjon. Fysisk integrasjon vil ofte være vanskelig å reversere, noe som vanskeliggjør Konkurransetilsynets kontroll med foretakssammenslutningen.
- (39) Plantasjen anfører at den fysiske integrasjonen ble gjennomført som ledd i det allerede etablerte franchiseforholdet. Som nevnt ovenfor har Konkurransetilsynet funnet at franchiseforholdet først ble etablert den 7. oktober 2010. Den fysiske integrasjonen kan derfor ikke anses som et ledd i gjennomføringen av franchiseforholdet, ettersom franchiseforholdet ikke var etablert da den fysiske integrasjonen ble påbegynt.
- (40) Disse handlingene utgjør etter Konkurransetilsynets vurdering gjennomføringstiltak som rammes av forbudet i konkurranseloven § 19 første ledd.
- (41) Alminnelig melding om foretakssammenslutning mellom Plantasjen og MH ble som nevnt ovenfor inngitt 8. oktober 2010. Fristen for pålegg av fullstendig melding utløp således 29. oktober 2010. Gjennomføringsforbudet løp i henhold til konkurranseloven § 19 første ledd frem til samme dato. De aktuelle gjennomføringstiltakene fant sted før dette tidspunktet, jf. redegjørelsen ovenfor.
- (42) Det foreligger etter dette objektivt sett en overtredelse av konkurranseloven § 19 første ledd.

5 Skyldkravet

- (43) 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.
- (44) Konkurransetilsynet er av den oppfatning at Plantasjen forsettlig har overtrådt konkurranseloven § 19 første ledd. I den forbindelse vises det til at Plantasjen eller noen som handlet på foretakets vegne var klar over at Plantasjen gjennom inngåelsen av aksjekjøpsavtalen fikk full råderett, instruksjons- og beslutningsmyndighet over MH fra 1. oktober 2010 og frem til det fastsatte tidspunktet for overtakelse av aksjene 1. november 2010. Det er videre Konkurransetilsynets oppfatning at Plantasjen eller noen som handlet på foretakets vegne var klar over at den fysiske integrasjonen av MH ble iverksatt.
- (45) Plantasjen har i tilsvaret bestridt at overtredelsen er forsettlig. Plantasjen anfører at tilsynets anvendelse av forsettsbegrepet i forhold til brudd på gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19 første ledd er uriktig og medfører at det blir vanskelig å tenke seg uaktsomme overtredelser av gjennomføringsforbudet, selv om det overtakende selskap ikke var oppmerksom på at dette medførte et regelbrudd. Plantasjen anfører i denne sammenheng at det følger av EU praksis at selv om gjennomføringshandlingen er bevisst utført, foreligger det likevel ikke forsettlig brudd på reglene dersom unnlåtelsen skyldes uaktsomhet.

¹⁰ Svarbrev punkt 3.2.2

¹¹ Tilsvaret punkt 2.2.1

¹² Tilsvaret punkt 2.2.2

- (46) Til dette bemerkes at det i fellesskapsretten i liten grad synes å foreligge en grensedragnings mellom skyldformene.¹³ 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.
- (47) Plantasjen har videre anført at en uriktig forståelse av avtalens innhold fra partenes side må anses som en faktisk villfarelse. Konkurransetilsynet legger til grunn at Plantasjen, var klar over at inngåelsen av Aksjekjøpsavtalen 2010 ga foretaket full råderett, instruksjons- og beslutningsmyndighet over MH. Plantasjen var således klar over at de hadde denne kompetansen og at gjennomføringshandlingene ble utført. Plantasjen har heller ikke ført bevis for at partene kan ha forstått avtalen på en annen måte.
- (48) Under enhver omstendighet må Plantasjen 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.
- (49) Konkurransetilsynet finner på denne bakgrunn at også de subjektive vilkårene for ileggelse av overtredelsesgebyr er oppfylt.

6 Utmåling av overtredelsesgebyr

6.1 Utgangspunkter

- (50) 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.
- (51) Det fremgår av forarbeidene til konkurranseloven at utmålingen av overtredelsesgebyr så langt som mulig bør harmoniseres med prinsippene i EU/EØS.¹⁴ 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 gjennomføringsforbud¹⁵, og regler om ileggelse av overtredelsesgebyr ved brudd på gjennomføringsforbudet.¹⁶
- (52) 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 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.
- (53) 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. Videre følger det av merknadene til bestemmelsene at beregningen av omsetningen skal basere seg på hele virksomheten til foretaket, ikke bare for Norge og ikke bare for det berørte produktmarkedet.
- (54) Ved beregningen av foretakets omsetning, er det videre omsetningen i hele konsernet som skal legges til grunn dersom det er morselskapet som har begått overtredelsen.¹⁷
- (55) 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

¹³ Se Kolstad, Ryssdal, Graver og Hjelmeng "Norsk Konkurranserett" Bind II s. 52

¹⁴ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 118.

¹⁵ Rådsforordning nr. 139/2004 om kontroll med foretakssammenslutninger, OJ L 24, side 1-22, artikkel 7.

¹⁶ Rådsforordning nr. 139/2004 om kontroll med foretakssammenslutninger, OJ L 24, side 1-22, artikkel 14 nr.2 bokstav b.

¹⁷ Jf. merknadene til utmålingsforskriften § 2.

kan etter utmålingsforskriften § 3 tredje ledd blant annet være 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 etterforskningen av overtredelsen.

6.2 Konkret vurdering

- (56) Konkurransetilsynet legger i likhet med partene til grunn at det foreligger en foretakssammenslutning i henhold til konkurranse-loven § 17 første ledd bokstav b ved at Plantasjen overtar kontrollen over MH. Ved fastsettelse av overtredelsesgebyrets størrelse legger derfor Konkurransetilsynet Plantasjens omsetning til grunn.
- (57) I alminnelig melding er det opplyst at Plantasjen Norge AS hadde en omsetning på 1 933 000 000 kroner i 2009.
- (58) 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.
- (59) I herværende sak innebærer gjennomføringstiltakene inngåelse av en ”kontroll- og samarbeidsbestemmelse” som gir Plantasjen full råderett, instruksjons- og beslutningsmyndighet over MH. I tillegg foreligger en viss fysisk integrasjon. Overføring av råderett og fysisk integrasjon er handlinger som vanskeliggjør Konkurransetilsynets kontroll med foretakssammenslutninger og reduserer foretakenes mulighet til å opptre som selvstendige enheter under saksbehandlingen. Handlingene er dermed i utgangspunktet grove overtredelser.
- (60) Etter Konkurransetilsynets oppfatning synes foretakssammenslutningen ikke å ha hatt negative konsekvenser for konkurransen. Den faktiske skaden ved overtredelsen er derfor begrenset. Konkurransetilsynet vektlegger dette forholdet i formildende retning.
- (61) Gjennomføringsforbudet løp til 29. oktober 2010. ”Kontroll- og samarbeidsbestemmelsen” i Aksjekjøpsavtalen 2010 punkt 4.1 trådte som nevnt ovenfor i kraft 1. oktober 2010 og varte frem til inngåelsen av franchiseavtale 7. oktober 2010. I samme periode påbegynte partene den fysiske integrasjonen. Overtredelsen hadde derfor en varighet på omtrent en uke.
- (62) Plantasjen har i tilsvaret vist til Kommisjonens utmålingspraksis ved brudd på gjennomføringsforbudet i EU.¹⁸ Å sammenligne gebyrene fordelt på overtredelsens varighet i måneder er etter Konkurransetilsynets oppfatning ikke korrekt all den tid overtredelsens varighet kun er ett av momentene gebyret utmåles etter. I tillegg kommer at gebyret heller ikke utmåles skjematisk på grunnlag av varigheten.
- (63) Konkurransetilsynet har imidlertid i utmålingen sett hen til at overtredelsen var kortvarig.
- (64) Videre har Plantasjen i tilsvaret vist til at utmålingspraksis i Kommisjonen¹⁹ angår betydelig større konsern med langt større ressurser til rådighet for å sikre overholdelse av gjennomføringsforbudet.²⁰ Videre viser partene til at gjennomføringsforbudet i EU hadde vært i kraft i lengre tid enn det som er tilfelle i Norge, slik at Plantasjen til sammenligning kun har hatt litt over to år på å gjøre seg kjent med gjennomføringsforbudet.²¹
- (65) Reglene om meldeplikt og gjennomføringsforbud fremgår klart av konkurranse-loven. Plantasjen er i tillegg et stort og profesjonelt selskap som har all mulighet til å gjøre seg kjent med reglene. Dette må gjelde uavhengig av om partene har organisert seg slik at de ikke har en egen juridisk stab.
- (66) Konkurransetilsynet har dessuten ved to tilfeller²² gitt gebyr for overtredelse av gjennomføringsforbudet. Eksistensen av presedens var en faktor som gjorde at Kommisjonen i Electrabel/CNR²³ avviste at partene kunne påberope seg at de ikke kjente til hvordan gjennomføringsforbudet ble håndhevet.

¹⁸ Tilsvaret punkt 3.2

¹⁹ Sak IV/M.993 Bertelsmann/Kirch/Premiere

²⁰ Tilsvaret punkt 3.2.3

²¹ Tilsvaret punkt 3.2.2

²² Vedtak V2009-3 og V2009-18

²³ Sak M.4994

- (67) Konkurransetilsynet har videre vektlagt at partene har bidratt med avklaring av sakens faktum i brev 22. oktober 2010.
- (68) På dette grunnlag har Konkurransetilsynet utmålt et overtredelsesgebyr på 250 000 kroner.

7 Vedtak

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

Plantasjen Norge AS ilegges et overtredelsesgebyr på 250 000 – tohundreogfemtitten kroner for overtredelse av konkurranseloven § 19 første ledd.

- (70) 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.
- (71) Vedtak om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, jf. konkurranseloven § 29 fjerde ledd første punktum. Plantasjen Norge 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

Mottakere:

Plantasjen Norge AS

Postboks 102, Midtbyen

2201 KONGSVINGER