



Advokatfirmaet Thommessen AS
Svein Terje Tveit
Postboks 1484 Vika
0116 OSLO

Deres ref.:

Vår ref.: 2011/0744-7

Dato: 26.06.2012

Vedtak V2012-13 – Deloitte AS – Inter Revisjon 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 3. november 2011 (heretter "varselet") samt Deloitte AS' (heretter "Deloitte") merknader til varselet 30. november 2011 (heretter "tilsvaret").
- (2) Konkurransetilsynet har kommet til at Deloitte i forbindelse med foretakssammenslutningen mellom Deloitte og Inter Revisjon AS (heretter "Inter Revisjon") har overtrådt gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19 første ledd.
- (3) Konkurransetilsynet har i medhold av konkurranseloven § 29, jf. § 19 første ledd, besluttet å ilegge Deloitte et overtredelsesgebyr på 250 000 kroner.

2 Sakens bakgrunn

2.1 Nærmere om foretakssammenslutningen

- (4) Konkurransetilsynet mottok alminnelig melding om foretakssammenslutning 16. september 2011 vedrørende Deloitte's erverv av virksomheten i Inter Revisjon. Foretakssammenslutningen skulle etter kjøpsavtalen skje som et innmatskjøp hvor Deloitte overtok Inter Revisjons kundekontrakter, ansatte, samt noe driftsløsøre (herunder IT-systemer, software, lisenser mv.). Vederlaget skulle etter kjøpsavtalen overføres i fem avdrag.
- (5) Deloitte opplyste i den alminnelige meldingen at foretakssammenslutningen var gjennomført i strid med forbudet i konkurranseloven § 19 første ledd. Det fremgår av den alminnelige meldingen at Deloitte 1. september 2011 overførte det første vederlagsavdraget, samt at Inter Revisjons ansatte ble overført til Deloitte ved avtaler av 6. og 7. september. Det er opplyst at gjennomføringen skyldtes en forglemmelse.
- (6) I den alminnelige meldingen opplyses det videre at Deloitte ikke hadde overtatt Inter Revisjons kunder, og at Inter Revisjon på det tidspunktet fortsatt var registrert som revisor for de aktuelle klientene i Foretaksregisteret. Det er også opplyst at de ansattes pensjonsordninger ikke var flyttet til Deloitte. Det vises for øvrig til redegjørelsen i den alminnelige meldingen om foretakssammenslutning og e-post fra Deloitte 10. oktober 2011.

2.2 Partenes merknader til varselet

- (7) I det følgende gis en kort redegjørelse for Deloitte's hovedanførsler til varselet. For øvrig behandles anførselene løpende i vedtaket.
- (8) Deloitte har gjort gjeldende at det varslede overtredelsesgebyret innebærer en uforholdsmessig og ubegrunnet økning av gebyrnivået sammenlignet med tidligere utmålingspraksis. Deloitte anfører videre at grunnlaget for det varslede gebyret og den konkrete utmålingen er vagt begrunnet, og at begrunnelsen ikke oppfyller de minstekrav som må stilles til Konkurransetilsynets varsler om overtredelsesgebyr eller de alminnelige forvaltningskrav til klarhet og presisjon i vedtak som griper inn i privates rettsstilling. Det vises i den sammenheng til at illeggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 utgjør straff i etter den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen.
- (9) Deloitte gjør i tillegg gjeldende at det foreligger en rekke formildende omstendigheter som ikke er tilstrekkelig hensyntatt i utmålingen. Det vises her særlig til at overtredelsen ikke var utført med forsett, og skyldes en intern glipp hos Deloitte, at det var foretatt begrensede gjennomføringstiltak, at gjennomføringstiltakene er reversible, at foretakssammenslutningen er uten negative konsekvenser for konkurransen, at overtredelsen var av kort varighet, samt at Deloitte meldte om overtredelsen på eget initiativ og for øvrig har bistått Konkurransetilsynet i etterforskningen av forholdet.

3 Overtredelsesgebyr

3.1 Rettslig grunnlag

- (10) 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

- (11) Det fremgår ikke direkte av konkurranseloven hvilket beviskrav som gjelder ved illeggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranselovens § 29.
- (12) I lovens forarbeider er det imidlertid lagt til grunn at det anses tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt for illeggelse av overtredelsesgebyr, jf. Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) side 117 og Innst. O. nr. 50 (2003-2004) side 41.
- (13) Etter Høyesteretts avgjørelse i Tine-saken (Rt. 2011 s. 910) har det vært fremholdt at beviskravet for illeggelse av overtredelsesgebyr etter § 29 er klar sannsynlighetsovervekt, se for eksempel NOU 2012: 7 pkt.6.5.2. Konkurransetilsynet ser at det kan argumenteres for at beviskravet ligger høyere enn alminnelig sannsynlighetsovervekt, men samtidig ikke høyere enn klar sannsynlighetsovervekt. Hvor på denne skalaen beviskravet ligger, synes imidlertid ikke å være endelig avklart gjennom rettspraksis.
- (14) Konkurransetilsynet har i foreliggende sak ikke funnet det nødvendig å ta endelig stilling til hvilket beviskrav som generelt ved illeggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven, idet tilsynet er av den oppfatning at et krav om klar sannsynlighetsovervekt uansett vil være oppfylt, jf. punkt 4.2 nedenfor.

3.3 Videre disposisjon

- (15) Konkurranseloven § 29 første ledd bokstav a oppstiller både objektive og subjektive vilkår for illeggelse 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

- (16) 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.
- (17) 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
- (18) Ordlyden i § 19 "må ikke gjennomføres" tilsier at ethvert gjennomføringstiltak er omfattet av forbudet.
- (19) Det fremgår videre av konkurranselovens forarbeider at forbudet gjelder generelt og at det ikke er begrenset til enkelte eierbeføyelser. Etter forarbeidene vil enhver overføring av aktiva, immaterialrettigheter og knowhow normalt rammes av gjennomføringsforbudet. I hvilken grad erverver kan utøve eierbeføyelser for øvrig, vil etter forarbeidene bero på en konkret vurdering. Et sentralt moment i vurderingen vil være hvorvidt foretakene mister sin evne til å opptre som selvstendige enheter under Konkurransetilsynets saksbehandling og etter et eventuelt inngrep.²
- (20) 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.³
- (21) Ved aksjeervert vil overtakelse av og oppgjør for aksjene innebære utveksling av ytelser som vil være i strid med gjennomføringsforbudet. For visse typer ervert av verdipapirer følger det av forskrift 9. mars 2009 nr. 292 § 1 at gjennomføringsforbudet på nærmere angitte vilkår ikke er til hinder for overføring av aksjene.⁴ For alle andre typer aksjeervert er gjennomføringsforbudet til hinder for at partene foretar slikt oppgjør.

4.2 Nærmere om gjennomføringstiltakene

- (22) Deloitte har som nevnt ovenfor i punkt 2 overtatt Inter Revisjons ansatte, samt betalt det første avdraget for virksomheten i Inter Revisjon. Handlingene utgjør utveksling av ytelser og er etter Konkurransetilsynets vurdering gjennomføringstiltak som rammes av forbudet i konkurranseloven § 19 første ledd.
- (23) Konkurransetilsynet mottok som nevnt den alminnelige meldingen om foretakssammenslutningen 16. september 2011. Fristen for pålegg av fullstendig melding utløp 7. oktober 2011. Gjennomføringsforbudet løp i henhold til konkurranseloven § 19 første ledd frem til samme dato. De aktuelle gjennomføringstiltakene skjedde før dette tidspunktet, jf. redegjørelsen i punkt 2.
- (24) Etter Konkurransetilsynets vurdering foreligger det 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.

³ Høringsnotat til forslag til forskrift om unntak fra gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19 av 5. desember 2008 s. 2.

⁴ Forskrift 9. mars 2009 nr. 292 om delvis unntak fra gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19 første ledd for visse typer ervert av verdipapirer.

5 Skyldkravet

- (25) 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.
- (26) Konkurransetilsynet er av den oppfatning at Deloitte forsettlig har overtrådt konkurranseloven § 19 første ledd. I den forbindelse vises det til at Deloitte eller noen som handlet på foretakets vegne var klar over at første avdrag av vederlaget ble overført 1. september 2011, samt at ansettelseskontraktene ble overført 6. og 7. september 2011.
- (27) Under enhver omstendighet må Deloitte 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.
- (28) Konkurransetilsynet finner på denne bakgrunn at også de subjektive vilkårene for ileggelse av overtredelsesgebyr er oppfylt.

6 Utmåling av overtredelsesgebyr

6.1 Utgangspunkter

- (29) Konkurransetilsynet understreker at hensynet til gjennomføringsforbudets effektivitet tilsier at brudd på forbudet må sanksjoneres med overtredelsesgebyr, jf. konkurranseloven § 29 første ledd. Gjennomføringsforbudet inngår som en helt sentral del av fusjonskontrollen, og overtredelser av forbudet må derfor anses som alvorlig.⁵
- (30) 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.
- (31) Det fremgår av forarbeidene til konkurranseloven at utmålingen av overtredelsesgebyr så langt som mulig bør harmoniseres med prinsippene i EU/EØS.⁶ 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 gjennomføringsforbud⁷, og regler om ileggelse av overtredelsesgebyr ved brudd på gjennomføringsforbudet.⁸ Prinsippene for utmåling av overtredelsesgebyr i konkurransaker i EU/EØS er således relevant ved utmålingen av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29.
- (32) Nærmere regler om utmåling av overtredelsesgebyr er gitt i forskrift 22. august 2005 nr. 909 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr ("utmålingsforskriften").
- (33) 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.
- (34) Begrepet foretak i utmålingsforskriften § 2 tilsvarende begrepet foretak i konkurranseloven og skal forstås på samme måte som i EU/EØS-rettens konkurranseregler. Det innebærer at dersom morselskapet i et konsern er overtredende, er de prosentvise begrensningene i gebyret som fremgår av § 2 knyttet til konsernets samlede salgsinntekt.

⁵ Jf. Kommisjonens avgjørelse 10. juni 2009, COMP/M.4994, Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône, OJ 2009 C 279/8, avsnitt 15 (påanket, sak T-332/09, ennå ikke avgjort).

⁶ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 118.

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

⁸ Rådsforordning nr. 139/2004 om kontroll med foretakssammenslutninger, OJ L 24, side 1-22, artikkel 14 nr.2 bokstav b.

- (35) Det følger videre av utmålingsforskriften § 3 annet ledd at det ved vurderingen av overtredelsens grovhet særlig 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 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.
- (36) Konkurransetilsynet har ved utmålingen betydelig skjønnsfrihet med hensyn til å tilpasse nivået på overtredelsesgebyrene til de krav som er nødvendig for å sikre en effektiv håndheving av konkurranselovens regler om kontroll med foretakssammenslutninger.
- (37) Overtredelsesgebyr utmåles konkret i den enkelte sak og variasjoner i faktum fra sak til sak vil således kunne ha betydning for gebyret. I tillegg vil endringer i rettsutviklingen og rettsoppfatninger kunne medføre behov for å fravike tidligere praksis. Foretakene kan således ikke ha berettigede forventninger om at bestemte typer overtredelser vil sanksjoneres med overtredelsesgebyr på et gitt nivå.⁹ En slik skjønnsfrihet for Konkurransetilsynet understøttes både av individualpreventive og allmennpreventive hensyn, som må vektlegges ved utmålingen av overtredelsesgebyr.¹⁰
- (38) Konkurransetilsynet legger videre til grunn at det i saker om brudd på konkurranseloven § 19 gjør seg gjeldende andre hensyn som innebærer at gebyret ikke kan utmåles på samme nivå som ved brudd på samarbeids- og misbruksforbudet i konkurranseloven §§ 10 og 11. De særlige bestemmelsene i forskriften § 3 tredje, fjerde og femte ledd kommer ikke til anvendelse ved utmåling av overtredelsesgebyr for brudd på gjennomføringsforbudet.
- (39) For at overtredelsesgebyr for brudd på gjennomføringsforbudet skal ha tilstrekkelig preventiv effekt, og derved bidra til en effektiv fusjonskontroll, må imidlertid gebyret utmåles i forhold til det ansvarlige foretakets størrelse og omsetning.¹¹ Selv om involvert omsetning gir en god indikasjon på overtredelsens omfang og grovhet, vil imidlertid omsetning ikke være det eneste kriterium som vektlegges i utmålingen, og det bør ikke legges urimelig stor vekt på dette momentet, relativt til andre relevante momenter.¹²

6.2 Konkret vurdering

- (40) Konkurransetilsynet legger i likhet med partene til grunn at det foreligger en foretakssammenslutning i henhold til konkurranseloven § 17 første ledd bokstav b ved at Deloitte overtar kontrollen i Inter Revisjon. Ved fastsettelsen av overtredelsesgebyrets størrelse legger derfor Konkurransetilsynet Deloittes omsetning til grunn.
- (41) Omsetningen i Deloitte for regnskapsåret 2010 utgjorde ifølge Deloittes årsrapport 893 455 000 kroner, noe som tilsier et betydelig overtredelsesgebyr.
- (42) 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.

⁹ Jf. sak 100/80 m.fl., *Musique Diffusion Française mot Kommisjonen*, Sml. 1981 s. 147, avsnitt 109, sak C-289/02 P m.fl., *Dansk Rørindustri mot Kommisjonen*, Sml. 2005 s. I-5425, avsnittene 169–170, sak C-397/03, *Archer Midlands mot Kommisjonen*, avsnittene 21–22 og sak C-510/06, avsnittene 59, 62–63 og 66. Se også sak T-77/08, *The Dow Chemical Company mot Kommisjonen*, avsnittene 139–141 samt C-549/10 P, *Tomra Systems ASA m.fl. mot Kommisjonen*, (ennå ikke i Sml.), avsnitt 104–106.

¹⁰ Jf. Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan, Retningslinjer om metoden for fastsettelse av bøter ilagt i henhold til overvåknings- og domstolavtalens protokoll 4 kapittel ii artikkel 23 nr. 2 bokstav a) (heretter "Retningslinjene"), EØS-tillegget til Den europeiske unions tidende, 21.12.2006, Nr. 63/44, avsnitt 4.

¹¹ Jf. Kommisjonens avgjørelse 10. juni 2009, COMP/M.4994, *Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône*, IP/09/985 (påanket, sak T-332/09, ikke avgjort).

¹² Sml. tilsvarende i sak C-510/06 P, *Archer Midland mot Kommisjonen*, (ennå ikke i Sml.), avsnittene 74–77 og sak C-397/03 P, *Archer Midland mot Kommisjonen*, Sml. 2006 s. I-4429, avsnittene 100–101.

- (43) I denne saken har gjennomføringen av foretakssammenslutningen bestått i utveksling av ytelser, ved overføring av ansettelseskontrakter og betaling av det første avdraget. Deloitte opplyser i den alminnelige meldingen at det ikke er foretatt noen overføring av kunder fra Inter Revisjon. De nevnte tiltakene utgjør således en delvis gjennomføring av foretakssammenslutningen. Partene har etter det opplyste ikke foretatt noen form for fysisk integrasjon, og de aktuelle gjennomføringstiltakene er i det vesentligste reverserbare. Dette svekker i noen grad overtredelsens grovhet. I tillegg har tilsynet vektlagt at overtredelsen hadde en varighet på om lag en måned og at foretakssammenslutningen ble meldt om lag to uker etter gjennomføringen.
- (44) Etter Konkurransetilsynets oppfatning synes foretakssammenslutningen ikke å ha hatt negative konsekvenser for konkurransen. Den faktiske skaden ved overtredelsen er derfor begrenset. Konkurransetilsynet har vektlagt disse forholdene i formildende retning.
- (45) Konkurransetilsynet har i utmålingen vektlagt i formildende retning at Deloitte på eget initiativ har gjort tilsynet oppmerksom på overtredelsen og bidratt til å opplyse saken.
- (46) Deloitte har gjort gjeldende at gebyret som er utmålt innebærer en uforholdsmessig økning av gebyrnivået sammenlignet med tidligere saker. Konkurransetilsynet vil bemerke at det er sikker rett at det er gebyrnivået på vedtakstidspunktet som skal benyttes, selv om dette har blitt skjerpet siden overtredelsestidspunktet. Som det fremgår i punkt 6.1 har Konkurransetilsynet videre en betydelig skjønnsfrihet til i den enkelte sak å utmåle gebyr som bidrar til å fremme effektiv fusjonskontroll. Det følger av dette at Deloitte ikke kan ha noen berettiget forventning om at gebyret skal utmåles på samme nivå som i tidligere saker. Konkurransetilsynet kan dermed ikke se at det er grunnlag for å hevde at det varslede gebyret er i strid med den praksis det er vist til i tilsvaret.
- (47) Deloitte har videre anført at det utmålte gebyret ikke er tilstrekkelig begrunnet i varselet. Konkurransetilsynet viser til at det i varselet er angitt hvilke faktiske forhold og hovedhensyn som er vektlagt i utmålingen. Deloitte har på dette grunnlag fått mulighet til å imøtegå tilsynets utmåling og således på forsvarlig måte ivareta sitt tarv. Begrunnelsen for utmålingen av gebyret må derfor anses for å tilfredsstillende de kravene som oppstilles til et forhåndsvarsel i forvaltningsloven § 16.
- (48) På bakgrunn av ovennevnte har Konkurransetilsynet utmålt et overtredelsesgebyr på 250 000,- kroner.

7 Vedtak

- (49) På denne bakgrunn og med hjemmel i konkurranseloven § 29 første ledd bokstav a, jf. § 19 første ledd, har Konkurransetilsynet fattet vedtak med følgende slutning:
- Deloitte AS ilegges et overtredelsesgebyr på 250 000 – tohundreogfemtitusen – kroner for overtredelse av konkurranseloven § 19 første ledd.**
- (50) 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.

- (51) Vedtak om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, jf. konkurranseloven § 29 fjerde ledd første punktum. Deloitte 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



Jostein Skaar
avdelingsdirektør

Vedlegg:

Kopi til: