

Mottaker  
EG A/S  
v/ Codex Advokat Oslo  
Postboks 2743 Solli  
0204 Oslo  
Norge

Deres ref.: 430000/8695

Vår ref.: 2012/0117-14

Saksbehandler: Knut Alexander Johnsen  
Saksansvarlig: Gjermund Nese

Dato: 21.11.2013

## **Vedtak V2013-9 - EG A/S - ASP AS - konkurranseloven § 29 jf. § 19 første ledd - ileggelse av overtredelsesgebyr - brudd på gjennomføringsforbudet**

### **1 Innledning**

- (1) Det vises til Konkurransetilsynets varsel om vedtak 1. juli 2013 (heretter "varselet"), EG A/S (heretter "EG") sine merknader til varselet 29. august 2013 (heretter "tilsvaret"), samt øvrig korrespondanse og kontakt i anledning saken.
- (2) Konkurransetilsynet har kommet til at EG i forbindelse med foretakssammenslutningen mellom EG og ASP AS (heretter "ASP") har overtrådt gjennomføringsforbudet i konkurranseloven<sup>1</sup> § 19 første ledd.
- (3) Konkurransetilsynet har i medhold av konkurranseloven § 29, jf. § 19 første ledd, besluttet å ilegge EG et overtredelsesgebyr på 350 000 kroner.

### **2 Sakens bakgrunn**

#### **2.1 Nærmere om foretakssammenslutningen**

- (4) Konkurransetilsynet mottok alminnelig melding om foretakssammenslutning 22. desember 2011 vedrørende EGs erverv av 100 prosent av aksjene i ASP.
- (5) EG opplyste i den alminnelige meldingen at foretakssammenslutningen var gjennomført. Det fremgår av den alminnelige meldingen at EG overtok aksjene i ASP 1. januar 2011. Det fremholdes at gjennomføringen skyldtes at melder er et dansk selskap og derfor ikke var kjent med konkurranseloven § 18 og gjennomføringsforbudet i § 19. Melder har på denne bakgrunn gjort gjeldende at selskapet var i unnskyldelig rettsvillfarelse.
- (6) Konkurransetilsynet anmodet om mer informasjon i e-poster 6. mars og 26. april 2012, og mottok slik informasjon i brev 28. mars og 15. juni 2012. Av informasjonen som er mottatt fremgår det at EG har utøvet aksjonærrettigheter i ASP på generalforsamling 22. mars 2011 og 27. juni 2011, samt at representanter for EG har hatt styreverv i ASP fra 1. januar 2011.
- (7) Det fremgår også at ASP og EG sitt norske datterselskap – EG Norge AS – har hatt samme daglige leder siden januar 2011. Det opplyses også at EG Norge AS og ASP har samkjørt

<sup>1</sup> Lov av 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven).

salgsaktivitetene overfor potensielt nye kunder. Det fremgår videre at ASP har utvekslet markeds- og administrativ informasjon til EG-konsernet gjennom rapportering av detaljer om økonomiske resultater, ordrebeholdning og potensielle kunder hver måned. Tilsvarende informasjon om øvrige deler av EG-konsernet har også tilflytt ASP. Det vises for øvrig til redegjørelsen i den alminnelige meldingen om foretakssammenslutning samt brev 28. mars og 15. juni 2012.

## **2.2 Partenes merknader til varselet**

- (8) I det følgende gis en redegjørelse for EGs anførsler til varselet. Anførselene behandles løpende i vedtaket.
- (9) EG ber om at det varslede overtredelsesgebyret frafaller i sin helhet eller nedjusteres vesentlig da det etter foretakets mening er klart urimelig å ilegge et så høyt overtredelsesgebyr – de samlede forhold sett under ett.
- (10) For det første fastholder EG at selskapet var i unnskyldelig rettsvillfarelse og at gebyret av denne grunn må bortfalle eller reduseres. Det vises til at EG er et dansk konsern, og at de norske tersklene for meldeplikt representerer et vesentlig avvik fra de terskler som gjelder i Danmark og EU/EØS for øvrig. Det gjøres også gjeldende at foretakssammenslutningen ikke ville ha vært meldepliktig etter dansk rett.
- (11) Videre anfører EG at Konkurransetilsynet ikke har tilstrekkelig sannsynliggjort at det foreligger en forsettlig overtredelse, og ber om at skyldkravet vurderes på nytt. Etter EGs oppfatning kan selskapet under enhver omstendighet bare anses å ha opptrådt uaktsomt, noe som må medføre en nedjustering av det varslede overtredelsesgebyret.
- (12) EG gjør også gjeldende at det varslede overtredelsesgebyret bør bortfalle helt eller nedsettes som følge av at det er betydelig høyere enn det som følger av nyere praksis fra Konkurransetilsynet. Det vises til at andre foretak med høyere konsernomsetning enn EG har blitt ilagt lavere overtredelsesgebyr for brudd på gjennomføringsforbudet.
- (13) Videre viser EG til at det er omsetningen i Norge som er av primær interesse for utmålingen av overtredelsesgebyret. Foretakets omsetning i Norge er beskjeden; det varslede overtredelsesgebyret må derfor reduseres. Det er også anført at Konkurransetilsynet har lagt for liten vekt på at transaksjonen ikke har hatt negative virkninger for konkurransen.
- (14) EG anfører at det fra 1. januar 2014 gjelder høyere terskler for meldeplikt i Norge. Foretakssammenslutningen mellom EG og ASP ville ikke vært meldepliktig etter ikrafttredelsen av de høyere tersklene for meldeplikt. Det vil etter selskapets mening derfor være kvalifisert urimelig å ilegge et gebyr som er høyere enn det praksis tilsier, i strid med de nye tersklene for meldeplikt og formålet bak endringen.
- (15) Til slutt gjøres det gjeldende at det er lagt for liten vekt i formildende retning på at EG frivillig og uoppfordret har inngitt alminnelig melding, samt bidratt til å opplyse saken.

## **3 Overtredelse av konkurranseloven § 19 første ledd**

### **3.1 Innledning**

- (16) Konkurranseloven § 29 første ledd bokstav a oppstiller både objektive og subjektive vilkår for ileggelse av overtredelsesgebyr. Konkurransetilsynet vil nedenfor i punkt 3.2 og 3.3 vurdere hvorvidt det objektivt sett etter Konkurransetilsynets vurdering foreligger en overtredelse av konkurranseloven § 19 første ledd. Dernest vil tilsynet behandle skyldkravet i punkt 4, bevisskravet i punkt 5 og avslutningsvis i punkt 6 ta stilling til utmåling av overtredelsesgebyret.

### **3.2 Utgangspunkt**

- (17) 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 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.

- (18) 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.<sup>2</sup>
- (19) Ordlyden i konkurranseloven § 19 "må ikke gjennomføres" tilsier at ethvert gjennomføringstiltak er omfattet.
- (20) 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 sine eierbeføyelser for øvrig, må etter forarbeidene vurderes konkret. Et viktig moment i vurderingen vil være at bedriftene skal kunne opptre som selvstendige enheter under saksbehandlingen og etter et eventuelt inngrep.<sup>3</sup>
- (21) 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.<sup>4</sup>
- (22) Ved aksjeerwerb vil overtakelse av og oppgjør for aksjene innebære utveksling av ytelser som vil være i strid med gjennomføringsforbudet. Gjennomføringsforbudet er dermed til hinder for at partene foretar slik oppgjør. Det samme gjelder utøvelse av de aksjonærrettigheter som følger aksjeinnehavet.

### 3.3 Nærmere om gjennomføringstiltakene

- (23) Konkurransetilsynet legger til grunn som bevist med klar sannsynlighetsovervekt at EG har overtatt og betalt for aksjene i ASP, samt utøvet tilhørende aksjonærrettigheter. Det er også ansatt felles daglig leder, samarbeidet om salgstiltak samt utvekslet markedsinformasjon mellom ASP og selskap i EG-konsernet. Handlingene utgjør etter Konkurransetilsynets vurdering gjennomføringstiltak som rammes av forbudet i konkurranseloven § 19.
- (24) Konkurransetilsynet mottok som nevnt alminnelig melding om foretakssammenslutningen 22. desember 2011. Fristen for pålegg av fullstendig melding utløp 13. januar 2012. Gjennomføringsforbudet løp i henhold til konkurranseloven § 19 første ledd frem til samme dato. De aktuelle gjennomføringstiltakene skjedde før dette tidspunktet, jf. redegjørelsen i punkt 2.1.
- (25) Etter Konkurransetilsynets vurdering foreligger det med dette med klar sannsynlighetsovervekt objektivt sett en overtredelse av konkurranseloven § 19 første ledd.

## 4 Skyldkravet

- (26) Det fremgår av konkurranseloven § 29 at overtredelsen må ha vært forsettlig eller uaktsom for at overtredelsesgebyr skal kunne ilegges. Kravet etter konkurranseloven § 29, jf. § 19 første ledd, er at foretaket, eller noen som handlet på foretakets vegne, var klar over, eller i det minste holdt det som mest sannsynlig, at gjennomføringshandlingene ble utført, eventuelt at de var å bebreide for overtredelsen.<sup>5</sup>
- (27) Basert på gjennomgangen av faktum ovenfor i punkt 3.3 legger Konkurransetilsynet det til grunn som bevist med klar sannsynlighetsovervekt at EG, eller noen som har handlet på foretakets vegne, var klar over at ytelser ble utvekslet, aksjonærrettigheter utøvet, at det ble ansatt felles daglig leder, innført felles standard ansettelsesvilkår, samarbeidet om salgstiltak

<sup>2</sup> Se Ot.prp. nr. 35 (2007-2008) side 9 flg. jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 97.

<sup>3</sup> Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 97.

<sup>4</sup> Høringsnotat til forslag til forskrift om unntak fra gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19 av 5. desember 2008 s. 2.

<sup>5</sup> Jf. Rt. 2012 s. 1556 premiss 66.

og utvekslet markedsinformasjon. På denne bakgrunn legges det til grunn at EG, eller noen som handlet på foretakets vegne, forsettlig har overtrådt konkurranseloven § 19 første ledd.

- (28) EG bestrider i tilsvaret at foretaket har overtrådt konkurranseloven § 19 forsettlig. EG anfører at Konkurransetilsynet uten konkretisering, begrunnelse og dokumentasjon har ramset opp faktiske handlinger uten at disse er knyttet til lovens vilkår. Av denne grunn kan ikke selskapet se at kravet til forsett er tilstrekkelig sannsynliggjort.
- (29) Til dette bemerkes at det for overtredelse av konkurranseloven § 19 første ledd er tilstrekkelig at forsettet dekker de handlinger som utgjør gjennomføringen av en foretakssammenslutning, i dette tilfellet at ytelser ble utvekslet, aksjonærrettigheter utøvet, at det ble ansatt felles daglig leder, innført felles standard ansettelsesvilkår, samarbeidet om salgstiltak og utvekslet markedsinformasjon. Forsettet dekker dermed etter tilsynets vurdering det objektivet gjerningsinnholdet i bestemmelsen. Konkurransetilsynet viser i denne sammenheng til at det i norsk rett ikke er tvilsomt at forsett kan foreligge selv om overtrederen ikke er kjent med at den aktuelle handling er ulovlig.
- (30) Under enhver omstendighet må EG, eller noen som handlet på foretakets vegne, ha opptrådt uaktsomt. Det vises til at selskapet uansett må være å bebreide for å ha gjennomført transaksjonen før den ble meldt til Konkurransetilsynet.
- (31) Videre anfører EG i tilsvaret at selskapet var i unnskyldelig rettsvillfarelse. Det vises til at foretaket er dansk, og at den samlede omsetningen til EG og ASP er under tersklene som gjelder for meldeplikt i Danmark. Oppkjøpet ville følgelig ikke vært meldepliktig etter dansk rett. EG gjør også gjeldende at de gjeldende tersklene for meldeplikt i Norge avviker vesentlig fra de tersklene som gjelder i EU/EØS for øvrig.
- (32) Konkurransetilsynet kan ikke se at EG var i unnskyldelig rettsvillfarelse da gjennomføringstiltakene ble utført. Det kreves særlige omstendigheter for at rettsvillfarelse skal regnes som unnskyldelig.<sup>6</sup> Eventuell manglende kunnskap om tersklene for meldeplikt i Norge vil ikke kunne regnes som unnskyldelig rettsvillfarelse.<sup>7</sup>
- (33) Det er etter dette Konkurransetilsynets vurdering at også de subjektive vilkårene for ileggelse av overtredelsesgebyr er oppfylte.

## 5 Overtredelsesgebyr

### 5.1 Rettslig grunnlag

- (34) 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.

### 5.2 Beviskrav

- (35) Det fremgår ikke direkte av konkurranseloven hvilket beviskrav som gjelder ved ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranselovens § 29. Høyesterett har imidlertid i Rt. 2012 side 1556 slått fast at det kreves klar sannsynlighetsovervekt for ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven.
- (36) Konkurransetilsynet legger etter dette til grunn at for at EG skal kunne ilegges overtredelsesgebyr for overtredelse av konkurranseloven § 19 første ledd må det foreligge klar sannsynlighetsovervekt for de faktiske omstendigheter som Konkurransetilsynet har lagt til grunn.
- (37) Etter Konkurransetilsynets vurdering er kravet om klar sannsynlighetsovervekt oppfylt, jf. ovenfor i punkt 3.3.

<sup>6</sup> Se *Andenæs*, Norsk strafferett, 5. utgave, side 262.

<sup>7</sup> Jf. gjennomgangen av rettspraksis i Matningsdal og Bratholm, Straffeloven kommentarutgave, 2. utgave, første del, s. 506 flg.

## 6 Utmåling av overtredelsesgebyr

### 6.1 Utgangspunkt

- (38) Konkurransetilsynet understreker at hensynet til gjennomføringsforbudets effektivitet tilsier at 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.<sup>8</sup>
- (39) 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.
- (40) Det fremgår av forarbeidene til konkurranseloven at utmålingen av overtredelsesgebyr så langt som mulig bør harmoniseres med prinsippene i EU/EØS.<sup>9</sup> 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 gjennomføringsforbud,<sup>10</sup> og regler om ileggelse av overtredelsesgebyr ved brudd på gjennomføringsforbudet.<sup>11</sup> Prinsippene for utmåling av overtredelsesgebyr i konkurranse saker i EU/EØS er således relevant ved utmålingen av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29.
- (41) Nærmere regler om utmåling av overtredelsesgebyr er gitt i forskrift 22. august 2005 nr. 909 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr (heretter "utmålingsforskriften").
- (42) 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.
- (43) Begrepet foretak i utmålingsforskriften skal i likhet med i konkurranselovens forstås på samme måte som i EU/EØS. 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.
- (44) Det følger videre av utmålingsforskriften § 3 annet ledd bokstav a til f at det ved vurderingen av overtredelsens grovhet særlig skal tas hensyn til overtredelsens art, den faktiske innvirkningen på markedet, størrelsen på det berørte markedet, utvist skyld, den kombinerte markedsandelen til de berørte foretak og om avtaler eller tiltak er gjennomført. Andre momenter som kan påvirke utmålingen av gebyr kan etter utmålingsforskriften § 3 sjette ledd blant annet være om foretaket ved retningslinjer, instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak kunne ha forebygget hendelsen, om foretaket har bistått Konkurransetilsynet i forbindelse med etterforskningen av overtredelsen, økonomien til det konsern foretaket er en del av og om overtredelsesgebyret har tilstrekkelig preventiv virkning.
- (45) Konkurransetilsynet har ved utmålingen betydelig skjønnsfrihet med hensyn til å tilpasse nivået på overtredelsesgebyret til de krav som er nødvendig for å sikre en effektiv håndheving av konkurranselovens regler om kontroll med foretakssammenslutninger.
- (46) Overtredelsesgebyret 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 forventinger om at bestemte typer overtredelser vil sanksjoneres med

<sup>8</sup> Jf. Kommisjonens avgjørelse 10. juni 2009, COMP/M.4994 Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône, IP/09/985 avsnitt 15. (Saken ble anket til Retten, der Kommisjonens avgjørelse ble opprettholdt. Saken er anket til EU-domstolen, under betegnelsen C-84/13 P).

<sup>9</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 118.

<sup>10</sup> Rådsforordning nr. 139/2004 om kontroll med foretakssammenslutninger, OJ L 24, side 1-22, artikkel 7.

<sup>11</sup> Rådsforordning nr. 139/2004 om kontroll med foretakssammenslutninger, OJ L 24, side 1-22, artikkel 14 nr. 2.

overtredelsesgebyr på et gitt nivå.<sup>12</sup> En slik skjønnsfrihet for Konkurransetilsynet understøttes både av individualpreventive og allmennpreventive hensyn, som må vektlegges ved utmålingen av overtredelsesgebyr.<sup>13</sup>

- (47) 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.
- (48) For at overtredelsesgebyret 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.<sup>14</sup> Selv om involvert omsetning gir en god indikasjon på overtredelses 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.<sup>15</sup>

## 6.2 Konkret vurdering

- (49) Konkurransetilsynet legger i likhet med partene til grunn at det foreligger en foretakssammenslutning i henhold til konkurranseloven § 17 første ledd bokstav b ved at EG overtar kontrollen i ASP. EG er morselskap i EG-konsernet; ved fastsettelsen av overtredelsesgebyrets størrelse legger derfor Konkurransetilsynet EG-konsernets konsoliderte omsetning til grunn.
- (50) EG har i sitt tilsvarende vist til at konsernet i 2010 kun hadde en samlet omsetning i Norge på 59,8 millioner danske kroner (i den alminnelige meldingen oppgitt til 64,4 millioner norske kroner). Selskapet anfører at det er omsetningen i Norge som er av primær interesse, og at det fremstår som uriktig og urimelig at det er tatt utgangspunktet i hele EG-konsernets omsetning.
- (51) For at overtredelsesgebyr for brudd på gjennomføringsforbudet skal ha tilstrekkelig preventiv effekt, og derved bidra til en effektiv fusjonskontroll, må gebyret utmåles i forhold til det ansvarlige foretakets størrelse og omsetning. EG-selskapenes konsoliderte omsetning for regnskapsåret 2010 utgjorde ifølge EGs årsrapport, vedlagt den alminnelige meldingen, 1 031 millioner danske kroner.<sup>16</sup> EG-konsernets høye omsetning tilsier at det bør reageres med et betydelig overtredelsesgebyr for at det skal være merkbart for EG og ha den tilsktede preventive effekten.
- (52) 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.
- (53) I denne saken har gjennomføringen av foretakssammenslutningen bestått i utveksling av ytelser, samt utøvelse av aksjonærrettigheter. Det er også foretatt ansettelse av felles daglig leder, samarbeidet om salgstiltak og utvekslet markedsinformasjon. De nevnte tiltakene innebærer en fullstendig gjennomføring av foretakssammenslutningen hvor flere av tiltakene er vanskelig reverserbare. Dette forsterker overtredelsens grovhet, og er vektlagt som et

<sup>12</sup> Jf. sak 100/80 m.fl., *Musique 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.), avsnittene 104-106.

<sup>13</sup> Jf. Kunngjøringen 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.

<sup>14</sup> Jf. Kommisjonens avgjørelse 10. juni 2009, COMP/M.4994, *Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône*, IP/09/985 (saken ble anket til Retten, der Kommisjonens avgjørelse ble opprettholdt. Saken er anket til EU-domstolen, under betegnelsen C-84/13 P).

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> Tilsvarende 1 108 millioner norske kroner, basert på Norges Bank årsgjennomsnitt for 2010.

- skjerpende moment i utmålingen av overtredelsesgebyret. I tillegg har tilsynet vektlagt i skjerpende retning at overtredelsen har hatt en varighet på i overkant av ett år.
- (54) EG anfører i tilsvaret at Konkurransetilsynet har lagt for liten vekt på at transaksjonen ikke har hatt negative virkninger for konkurransen.
- (55) Konkurransetilsynet deler oppfatningen om at foretakssammenslutningen ikke har hatt negative konsekvenser for konkurransen. Den faktiske skaden ved overtredelsen er derfor begrenset. I varselet ble det vist til at tilsynet har sett hen til dette som en relevant faktor ved utmålingen av overtredelsesgebyret. Imidlertid har adgangen til å legge vekt på overtredelsens faktiske innvirkning på markedet etter utmålingsforskriften § 3 etter Konkurransetilsynets oppfatning begrenset betydning som formildende omstendighet ved utmåling av overtredelsesgebyr for brudd på gjennomføringsforbudet.<sup>17</sup>
- (56) EG har videre anført at foretaket var i en unnskyldelig rettsvillfarelse om gjennomføringsforbudet og at gebyret derfor må bortfalle eller reduseres. Konkurransetilsynet har funnet at det foreligger en forsettlig overtredelse, jf. punkt 4 ovenfor, og kan ikke se at EGs anførsel på dette punktet kan vektlegges i formildende retning.<sup>18</sup>
- (57) EG har også gjort gjeldende at gebyret som er utmålt innebærer en uforholdsmessig økning av gebyrnivået sammenlignet med tidligere saker. Konkurransetilsynet bemerker 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 av punkt 6.1 har Konkurransetilsynet videre en betydelig skjønnsfrihet i den enkelte sak til å utmåle gebyr som bidrar til å fremme effektiv fusjonskontroll. Det følger av dette at EG ikke kan ha noen berettiget forventning om at gebyret skal utmåles på samme nivå som i tidligere saker. Videre er overtredelsen i herværende sak grovere enn i de saker EG har vist til – overtredelsens varighet og graden av gjennomføring tatt i betraktning. 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.
- (58) Videre viser EG til at det fra 1. januar 2014 gjelder høyere terskler for meldeplikt, hvoretter foretakssammenslutningen mellom EG og ASP ikke ville vært meldepliktig. Foretaket anfører på denne bakgrunn at det derfor vil være kvalifisert urimelig å ilegge et gebyr som er høyere enn det praksis tilsier, i strid med de nye tersklene for meldeplikt og formålet bak endringen.
- (59) Konkurransetilsynet viser til at foretakssammenslutningen mellom EG og ASP ble gjennomført tre år før den planlagte ikrafttredelsen av de høyere tersklene for meldeplikt. Tilsynet viser videre til at det etter 1. januar 2014 fortsatt vil gjelde meldeplikt og gjennomføringsforbud for foretakssammenslutninger mellom foretak med omsetning over tersklene, og at formålet bak bestemmelsene er det samme. Allmennpreventive hensyn tilsier derfor fortsatt at det reageres strengt mot brudd på gjennomføringsforbudet uavhengig av om den aktuelle foretakssammenslutningen ville vært meldepliktig når terskelverdiene heves. EGs anførsel kan følgelig ikke vektlegges i formildende retning.
- (60) Konkurransetilsynet har i utmålingen vektlagt i formildende retning at EG på et eget initiativ har gjort tilsynet oppmerksom på gjennomføringen av foretakssammenslutningen ved å inngi alminnelig melding. Etter tilsynets vurdering er dette ikke tillagt for liten vekt.
- (61) Imidlertid finner Konkurransetilsynet at overtredelsesgebyret må settes noe ned grunnet lang saksbehandlingstid.
- (62) På dette grunnlag har Konkurransetilsynet utmålt et overtredelsesgebyr på 350 000 kroner.

## 7 Vedtak

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

<sup>17</sup> Jf. Kommisjonens avgjørelse 10. juni 2009, COMP/M.4994, *Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône*, IP/09/985, avsnitt 194 (saken ble anket til Retten, der Kommisjonens avgjørelse ble opprettholdt. Saken er anket til EU-domstolen, under betegnelsen C-84/13 P).

<sup>18</sup> Sml. vedtak V2012-15, Veidekke Entreprenør AS, avsnitt 50-51; vedtak V2012-14, Valora Holding Norway AS, avsnitt 60; og vedtak V2011-13, Multiconsult AS, avsnitt 45-46.

**EG A/S ilegges et overtredelsesgebyr på 350 000 – trehundreogfemtitusen – kroner for overtredelse av konkurranseloven § 19 første ledd.**

- (64) 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.
- (65) Vedtak om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, jf. konkurranseloven § 29 fjerde ledd første punktum. EG A/S kan imidlertid gå til søksmål mot staten for å få prøvd vedtaket. Dersom saken bringes inn for domstolen vil tvangskraften suspenderes. Ved et eventuelt søksmål kan retten prøve alle sider ved saken, og tvisteloven gjelder så langt den passer, jf. konkurranseloven § 29 fjerde ledd.

Med hilsen



Gjermund Nese (e.f.)  
avdelingsdirektør

*Mottaker*  
EG A/S

*Postadresse*  
Postboks 2743 Solli

*Poststed*  
0204 OSLO  
Norge

*Kontakt/e-post*  
Codex Advokat Oslo  
AS