

Advokatfirmaet Thommessen AS
Svein Terje Tveit
Postboks 1484 Vika
0116 Oslo

Deres ref.:

Vår ref.: 2011/0399-12

Dato: 26.06.2012

Vedtak V2012-12 – Lyse Energi AS — Skagerak Fibernett AS – konkurranseloven § 29 jf. § 19 første ledd – vedtak om illeggelse av overtredelsesgebyr – brudd på gjennomføringsforbudet

Innledning

- (1) Det vises til Konkurransetilsynets varsel om vedtak 7. oktober 2011 (heretter ”varselet”) samt Lyse Energi AS’ (heretter ”Lyse Energi”) merknader til varselet 21. november 2011 (heretter ”tilsvaret”).
- (2) Konkurransetilsynet har kommet til at Lyse Energi i forbindelse med foretakssammenslutningen mellom Lyse Energi og Skagerak Fibernett AS (heretter ”Skagerak Fibernett”) har overtrådt gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19 første ledd.
- (3) Konkurransetilsynet har i medhold av konkurranseloven § 29, jf. § 19 første ledd, besluttet å ilegge Lyse Energi et overtredelsesgebyr på 350 000 kroner.

2 Sakens bakgrunn

2.1 Nærmere om foretakssammenslutningen

- (4) Konkurransetilsynet mottok alminnelig melding om foretakssammenslutning vedrørende Lyse Energis erverv av enekontroll i Skagerak Fibernett 16. mai 2011. Vedlagt den alminnelige meldingen var et oversendelsesbrev om mulig brudd på gjennomføringsforbudet.
- (5) Lyse Energi er et norsk industrikonsern innen energi og telekommunikasjon, og eier blant annet samtlige aksjer i Lyse Fiberinvest AS og Altibox AS (tidligere Lyse Tele AS). Det vises for øvrig til redegjørelsen i alminnelig melding om foretakssammenslutning.
- (6) I meldingen 16. mai 2011 opplyses at Lyse Energi har gått fra felleskontroll til enekontroll i Skagerak Fibernett uten at transaksjonen er meldt til Konkurransetilsynet.
- (7) Når det gjelder Lyse Energis felleskontroll i Skagerak Fibernett ble denne ervervet ved kjøp av 34 prosent av aksjene i selskapet i april 2009. Selger var Skagerak Energi AS. Transaksjonen skjedde gjennom Lyse Energis datterselskap Lyse Tele AS, og det ble ved ervervet inngått en aksjonæravtale hvor Lyse Tele AS fikk vetorettigheter i viktige forretningsmessige beslutninger for Skagerak Fibernett. Ved dette oppnådde således Lyse Energi felleskontroll i Skagerak Fibernett, og denne foretakssammenslutningen ble meldt til Konkurransetilsynet 15. april 2009 uten at tilsynet grep inn i saken.

- (8) Som en del av avtaleforholdet mellom de to felleskontrollerende eierne i Skagerak Fibernett, ble det ifølge melder utstedt en salgsopsjon til Skagerak Energi AS, og en kjøpsopsjon til Lyse Energi.
- (9) Etter opprettelsen av fellesforetaket overførte Lyse Tele AS sin eierandel til Lyse Fiberinvest AS.
- (10) Skagerak Energi AS utøvde, etter det opplyste, sin salgsopsjon i juli 2010. Gjennomføringen fant sted ved at Lyse Energi 1. januar 2011 overtok de resterende 66 prosent av aksjene i Skagerak Fibernett fra Skagerak Energi AS. Lyse Energi oppnådde ved ervervet enekontroll i Skagerak Fibernett.
- (11) Ved avtale 15. februar 2011 ble de ovennevnte aksjer overdratt fra Lyse Energi til datterselskapet Lyse Fiberinvest AS.
- (12) Konkurransetilsynet tok 16. august 2011 kontakt med melder for å undersøke hvor langt gjennomføringshandlingene strakk seg. Dette ble besvart i e-post 17. august 2011, hvor det blant annet fremgikk at partene har overdratt aksjer mot vederlag. For øvrig opplyses at det ikke er foretatt ytterligere integrasjonstiltak i forbindelse med foretakssammenslutningen. Ifølge melder hadde gjennomføringen derfor ikke noen betydning for driften av Skagerak Fibernett.

2.2 Partenes merknader til varselet

- (13) I det følgende gis en kort redegjørelse for Lyse Energis hovedanførsler til varselet. For øvrig behandles anførslene løpende i vedtaket.
- (14) Lyse Energi bestrider ikke at det foreligger en overtredelse av gjennomføringsforbudet, og at tilsynet derfor har anledning til å ilegge overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29. Lyse Energi har imidlertid gjort gjeldende at det varslede overtredelsesgebyr må reduseres betraktelig.
- (15) Lyse Energi har som grunnlag for nedsettelse av gebyret anført at de ansvarlige hos Lyse Energi gjennomførte transaksjonen i god tro og således ikke var klar over at utøvelse av opsjonen - og derigjennom ervervet av enekontroll – utløste meldeplikt. Det vises bl.a. til at Lyse Energi i 2009 lot advokatfirmaet Kluge vurdere om transaksjonen var meldepliktig. Lyse Energi mener at dette viser at selskapet har forsøkt å opptre i overensstemmelse med fusjonskontrollreglene.
- (16) Videre anfører Lyse Energi at foretaket ikke hadde kunnskap om Konkurransetilsynets e-post 24. april 2009 til advokatfirmaet Kluge, hvor det klart fremgår at ny melding er påkrevet ved utøvelse av den aktuelle opsjonen. Advokatfirmaet Kluge har bekreftet overfor Lyse Energi (bilag 1 til tilsvaret) at e-posten ikke ble videreformidlet til foretaket. Lyse Energi fremholder i denne sammenheng at foretaket ikke kan identifiseres med medhjelper og dennes kunnskap ved vurderingen av om det foreligger grov uaktsomhet eller forsett. Til støtte for dette standpunktet vises til teori og praksis fra skatterettens område for så vidt gjelder straffbarhet og identifikasjon. Lyse Energi mener på denne bakgrunn at Konkurransetilsynet kun kan identifisere foretaket med Advokatfirmaet Kluges kunnskap i forhold til en vurdering av simpel uaktsomhet.
- (17) Lyse Energi har i tillegg gjort gjeldende at foretakssammenslutninger hvor det skjer en overgang fra felles kontroll til enekontroll i utgangspunktet er mindre problematisk for konkurransen og at dette må få betydning for det utmålte gebyret. Videre gjøres det gjeldende at varigheten er tillagt for stor vekt i utmålingen. Det er også vist til at Konkurransetilsynet ikke i tilstrekkelig grad har vektlagt at overtredelsen er meldt på eget initiativ.
- (18) Lyse Energi anfører dessuten at det varslede overtredelsesgebyret vil være det høyeste gebyret som hittil har vært ilagt for brudd på gjennomføringsforbudet. Det varslede gebyret tilsvarer 0,00077 % av Lyse konsernets omsetning for 2010, og 0,17 % av omsetningen til Lyse Energi.

- (19) Lyse Energi gjør videre gjeldende at det varslede gebyret vil kunne utgjøre et brudd på de grunnleggende strafferettslige hensyn som er kommet til uttrykk i grunnlovens § 97 og EMK artikkel 7. I denne sammenheng vises til at det har skjedd en økning av gebyrnivået på 267 % siden gjerningstidspunktet (januar 2011).
- (20) Lyse Energi har videre anført at Konkurransetilsynet ikke har tillagt de formildende omstendigheter nok vekt i utmålingen.

3 Overtredelsesgebyr

3.1 Rettslig grunnlag

- (21) 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

- (22) Det fremgår ikke direkte av konkurranseloven hvilket beviskrav som gjelder ved illeggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranselovens § 29.
- (23) 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.
- (24) 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.
- (25) 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

- (26) 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

- (27) 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.
- (28) 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

- (29) Ordlyden i § 19 "må ikke gjennomføres" tilsier at ethvert gjennomføringstiltak er omfattet av forbudet.
- (30) 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
- (31) 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
- (32) Ved aksjeerverv vil overtakelse av og oppgjør for aksjene innebære utveksling av ytelser som vil være i strid med gjennomføringsforbudet. For visse typer erverv 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 aksjeerverv er gjennomføringsforbudet til hinder for at partene foretar slikt oppgjør.

4.2 Nærmere om gjennomføringstiltakene

- (33) Konkurransetilsynet legger til grunn som bevist at Lyse Energi overtok 66 prosent av aksjene i Skagerak Fibernett 1. januar 2011, mot overføring av vederlag til Skagerak Energi AS. Partene har således utvekslet ytelser. Konkurransetilsynet vurderer det slik at utvekslingen av ytelser er gjennomføringstiltak som rammes av forbudet i konkurranseloven § 19 første ledd.
- (34) Konkurransetilsynet har ikke funnet at det er gjennomført ytterligere integrasjonstiltak mellom partene, og legger derfor i den videre vurderingen til grunn at driften for øvrig er uendret etter transaksjonen.
- (35) Konkurransetilsynet mottok som nevnt ovenfor den alminnelige meldingen 16. mai 2011. Fristen for pålegg av fullstendig melding utløp således 8. juni 2011. Gjennomføringsforbudet løp i henhold til konkurranseloven § 19 første ledd frem til samme dato. De aktuelle gjennomføringshandlingene er foretatt før dette tidspunktet.
- (36) Det foreligger etter dette objektivt sett en overtredelse av konkurranseloven § 19 første ledd.

5 Skyldkravet

- (37) 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.
- (38) Konkurransetilsynet er av den oppfatning at Lyse Energi forsettlig har overtrådt konkurranseloven § 19 første ledd. I den forbindelse vises det til at Lyse Energi eller noen som handlet på foretakets vegne var klar over at selskapet overtok aksjene i Skagerak Fibernett AS 1. januar 2011 mot overføring av vederlag til Skagerak Energi AS, jf. pkt. 4.2.

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 erverv av verdipapirer.

- (39) Lyse Energi har fremholdt at overtredelsen skjedde som følge av at de ansvarlige i selskapet ikke kjente til at utøvelsen av opsjonen utløste meldeplikt og at Lyse Energi ikke kan identifiseres med advokatfirmaet Kluges kunnskap i vurderingen av selskapets forsett.
- (40) Konkurransetilsynet vil bemerke at det for overtredelse av konkurranseloven § 19, jf § 29, er tilstrekkelig at skylden dekker de handlinger som utgjør gjennomføring av foretakssammenslutningen, i dette tilfellet overtakelsen av aksjene mot vederlag. 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 handlingen er ulovlig. Hvorvidt Lyse Energi manglet kunnskap om meldeplikten eller ikke er således ikke relevant for vurderingen av om det foreligger forsettlig overtredelse av konkurranseloven § 19, jf § 29.
- (41) Til støtte for at selskapet ikke har utvist forsett har Lyse Energi vist til prinsipper og avgjørelser fra skatteretten om identifikasjon med rådgiver. De prinsipper og avgjørelser Lyse Energi har vist til gjelder tilleggsskatt etter ligningsloven § 10-5 hvor gjerningsbeskrivelsen krever at det er sendt uriktige eller ufullstendige opplysninger til ligningsmyndighetene og hvor overtreders subjektive skyld således må omfatte at de oversendte opplysningene er uriktige eller ufullstendige. Konkurransetilsynet kan derfor ikke se at prinsippene har noen relevans for forsettvurderingen etter konkurranseloven § 19, jf. § 29.
- (42) Konkurransetilsynet finner videre at Lyse Energi ikke kan anses for å være i unnskyldelig rettsvillfarelse. Det kreves særlige omstendigheter for at rettsvillfarelse skal regnes som unnskyldelig.⁵ Det at Lyse Energi har benyttet juridisk rådgiver i forbindelse med transaksjonen er ikke tilstrekkelig til at rettsvillfarelsen kan anses som unnskyldelig.
- (43) Under enhver omstendighet må Lyse Energi 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.
- (44) Konkurransetilsynet finner på denne bakgrunn at også de subjektive vilkårene for illeggelse av overtredelsesgebyr er oppfylt.

6 Utmåling av overtredelsesgebyr

6.1 Utgangspunkter

- (45) 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 strukturkontrollen, og overtredelser av forbudet må derfor anses som alvorlig.⁶
- (46) 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.
- (47) Det fremgår av forarbeidene til konkurranseloven at utmålingen av overtredelsesgebyr så langt som mulig bør harmoniseres med prinsippene i EU/EØS.⁷ 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 gjennomføringsforbud⁸, og regler om illeggelse av overtredelsesgebyr ved brudd på gjennomføringsforbudet.⁹ Prinsippene for utmåling av overtredelsesgebyr i konkurranseaker i EU/EØS er således relevant ved utmålingen av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29.

⁵ Se for eksempel *Andenæs*, Norsk strafferett, 5. utgave, side 262.

⁶ 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).

⁷ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 118.

⁸ Rådsforordning nr. 139/2004 om kontroll med foretakssammenslutninger, OJ L 24, side 1-22, artikkel 7.

⁹ Rådsforordning nr. 139/2004 om kontroll med foretakssammenslutninger, OJ L 24, side 1-22, artikkel 14 nr.2 bokstav b.

- (48) Nærmere regler om utmåling av overtredelsesgebyr er gitt i forskrift 22. august 2005 nr. 909 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr ("utmålingsforskriften").
- (49) 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.
- (50) Begrepet foretak i utmålingsforskriften § 2 tilsvarer 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.
- (51) 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.
- (52) 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.
- (53) 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.¹⁰ En slik skjønnsfrihet for Konkurransetilsynet understøttes både av individualpreventive og allmennpreventive hensyn, som må vektlegges ved utmålingen av overtredelsesgebyr.¹¹
- (54) 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.
- (55) 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.¹² 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.¹³

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

¹² Jf. Kommisjonens avgjørelse 10. juni 2009, COMP/M.4994, *Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône*, IP/09/985 (påanket, sak T-332/09, ikke avgjort).

¹³ 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.

6.2 Konkret vurdering

- (56) Konkurransetilsynet legger i likhet med melder til grunn at det foreligger en foretakssammenslutning i henhold til konkurranseloven § 17 første ledd bokstav b ved at Lyse Energi går fra felleskontroll til enekontroll i Skagerak Fibernett. Ved fastsettelsen av overtredelsesgebyrets størrelse legger derfor Konkurransetilsynet til grunn omsetningen til Lyse Energi og dets datterselskaper. Det fremgår av Lyse Energis årsmelding, vedlagt den alminnelige meldingen, at konsernet i regnskapsåret 2010 hadde en omsetning på 5 144 000 000 kroner, noe som tilsier et betydelig overtredelsesgebyr.
- (57) I denne saken har gjennomføring av foretakssammenslutning 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.
- (58) Ytelsene ble utvekslet 1. januar 2011. Konkurransetilsynet mottok alminnelig melding 16. mai 2011. Fristen for pålegg av fullstendig melding utløp 8. juni 2011, og overtredelsen hadde således en varighet på om lag fem måneder. Kommisjonen la i sak *A.P. Møller* til grunn at overtredelser på henholdsvis 3,6 og 20 måneder var "af betydelig varighed ved alle tre transaksjoner".¹⁴ Konkurransetilsynet finner at varigheten på fem måneder i denne saken ikke kan anses å være så kort at den må tillegges formildende vekt.
- (59) Lyse Energi har anført at en situasjon hvor overgangen fra felles kontroll til enekontroll ikke meldes må bedømmes mildere enn en situasjon hvor erverver tidligere ikke hadde noen form for kontrollerende innflytelse. Konkurransetilsynet er ikke enig i dette ettersom nevnte situasjon like fullt utgjør et brudd på gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19. Hva slags type kontrollendring som er foretatt kan imidlertid ha betydning i vurderingen av om foretakssammenslutningen begrenser konkurransen.
- (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) Lyse Energi har videre anført at det er en formildende omstendighet at selskapet hadde grunn til å tro at erverk av enekontroll ikke uten videre var meldepliktig. Konkurransetilsynet har funnet at det foreligger en forsettlig overtredelse, jf. punkt 5 ovenfor, og kan derfor ikke se at Lyse Energis anførsel på dette punktet kan vektlegges i formildende retning.
- (62) Lyse har anført at det utmålte gebyret utgjør en betydelig økning fra det gebyrnivået som gjaldt på overtredelsestidspunktet og at gebyret av den grunn vil stride mot tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 og EMK artikkel 7. Som det fremgår i punkt 6.1 har Konkurransetilsynet en betydelig skjønnsfrihet til i den enkelte sak å utmåle gebyr som bidrar til å fremme effektiv fusjonkontroll. Det er videre sikker rett at den beskyttelse som Grunnloven § 97 og EMK artikkel 7 gir mot straffskjerpelse er knyttet til strafferammene og er ikke til hinder for at straffenivået skjerpes innenfor de fastsatte strafferammer.¹⁵ Det følger av dette at Lyse Energi ikke kan ha noen berettiget forventning om at gebyret skal utmåles i samsvar med et bestemt nivå. 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.
- (63) Konkurransetilsynet har ved utmålingen vektlagt i formildende retning at Lyse Energi på eget initiativ avdekket overtredelsen, bidro til avklaring av faktum og innga alminnelig melding, at foretakssammenslutningen var uten konsekvenser for konkurransen samt at gjennomføringstiltakene var reverserbare. Dette har resultert i en betydelig reduksjon i gebyrets størrelse. I tillegg har Konkurransetilsynet funnet at overtredelsesgebyret må settes ned noe på grunnlag av lang saksbehandlingstid.
- (64) På dette grunnlag har Konkurransetilsynet utmålt et overtredelsesgebyr på 350 000 kroner.

¹⁴ IV/M.969 *A.P. Møller*, OJ L 183/29

¹⁵ Se for eksempel Høyesteretts avgjørelse Rt. 2009 side 1412 som Lyse Energi har vist til i tilsvaret.

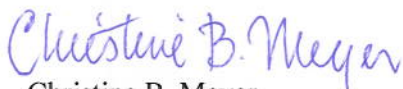
7 Vedtak

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

Lyse Energi AS ilegges et overtredelsesgebyr på 350 000 – trehundreogfemtitusen – kroner for overtredelse av konkurranseloven § 19 første ledd.

- (66) 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.
- (67) Vedtak om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, jf. konkurranseloven § 29 fjerde ledd første punktum. Lyse Energi 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



for Jostein Skaar
avdelingsdirektør

Kopi til:

