

Adresseinformasjon fylles inn ved ekspedering.
Se mottakerliste nedenfor.

Deres ref.:

Vår ref.: 2019/0200-22

Saksbehandler: Therese Fredrikke Halvorsen
Saksansvarlig: Elisabeth Steckmest

Dato: 12.03.2020

Vedtak V2020-15 - Vygruppen AS - konkurranseloven § 29 - ileggelse av overtredelsesgebyr - uriktige eller ufullstendige opplysninger

1 Innledning

- (1) Konkurransetilsynet viser til varsel om ileggelse av overtredelsesgebyr 28. juni 2019 (heretter "varselet"), Vygruppen AS¹ (heretter "Vygruppen") sine merknader til varselet inngitt 27. september 2019 (heretter "tilsvaret"), samt øvrig kontakt i saken.
- (2) Konkurransetilsynet har kommet til at Vygruppen har gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger i strid med konkurranseloven² § 29 første ledd bokstav d, jf. forskrift om melding av foretakssammenslutninger mv.³ § 1 fjerde ledd. Overtredelsen ble begått i forbindelse med melding om foretakssammenslutning 3. mars 2019 mellom Norges Statsbaner AS og Fjord1 ASA om opprettelse av fellesforetaket NSB Fjord1 Reiseliv AS og erverv av kontroll over Fjord Tours AS.
- (3) Konkurransetilsynet har i medhold av konkurranseloven § 29 første ledd bokstav d besluttet å ilegge Vygruppen et overtredelsesgebyr på 7 500 000 kroner.

2 Sakens bakgrunn

2.1 Nærmere om saksbehandlingen

- (4) Konkurransetilsynet mottok 3. mars 2019 melding om foretakssammenslutning fra Vygruppen og Fjord1 ASA om opprettelsen av fellesforetaket NSB Fjord1 Reiseliv AS og erverv av kontroll over Fjord Tours AS (heretter "meldingen"). Meldingen ble vurdert av tilsynet til å være komplett 6. mars 2019, jf. konkurranseloven § 18 syvende ledd.

¹ Tidligere Norges Statsbaner AS (NSB) (org.nr. 984 661 177). Ifølge Brønnøysundregisteret endret foretaket navn til Vygruppen AS ved kunngjøring 3. april 2019.

² Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger.

³ Forskrift 11. desember 2013 nr. 1466 om melding av foretakssammenslutninger mv. (heretter "meldepliktforskriften").

- (5) I meldingen anføres det at Vygruppen ikke står for salg og distribusjon av billetter til Flåmsbanen til reiselivsselskaper, og at selskapet ikke vil kunne komme i en posisjon til å nekte konkurrenter av Fjord Tours tilgang til Flåmsbanens turer.⁴
- (6) I brev fra Flåm AS⁵ (heretter "Flåm") til Konkurransetilsynet 2. april 2019 påpekes det at meldingen ikke gir fullstendige opplysninger vedrørende forholdene knyttet til Flåmsbanen. Det fremgår i brevet at Vygruppen 1. mars 2019 sendte varsel til Flåm Utvikling AS (heretter "Flåm Utvikling") om oppsigelse av en avtale om persontransport⁶ (heretter "persontransportavtalen"). Ifølge Flåm vil oppsigelsen av denne avtalen føre til at Vygruppen vil "*overta turistattraksjonen Flåmsbana*".⁷ Ifølge Flåm er det dermed snarere NSB Fjord1 Reiseliv AS, enn Flåm, som i fremtiden vil stå for markedsføring og salg av turistattraksjonen Flåmsbanen.⁸ I brevet pekes det på flere sitater fra meldingen som omhandler Vygruppens manglende mulighet til å forhindre andre reiselivsselskaper fra å få tilgang til Flåmsbanen, og det hevdes at meldingen gir en misvisende beskrivelse av situasjonen i markedet.⁹
- (7) Etter forespørsel fra Konkurransetilsynet bekreftet Vygruppen i e-post 3. april 2019 at Vygruppen hadde sendt varsel om oppsigelse av persontransportavtalen 6. juni 2018 og 1. mars 2019, samt at Vygruppen endelig hadde sagt opp avtalen 2. april 2019.¹⁰ I e-posten opplyses det også at Vygruppen fra 2. april 2020 formelt vil ha mulighet til å kontrollere hvilke reiselivsselskaper som får tilgang til Flåmsbanen, men at Vygruppen i praksis vil fortsette å distribuere billetter gjennom tredjepartsaktører som Entur og Tumlare.
- (8) Konkurransetilsynet avsluttet saksbehandlingen av foretakssammenslutningen 5. april 2019.
- (9) I forbindelse med vurderingen av hvorvidt Vygruppen har gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger, sendte Konkurransetilsynet pålegg om å gi opplysninger til Vygruppen 9. mai 2019. Vygruppen besvarte informasjonspålegget 16. mai 2019.¹¹
- (10) Konkurransetilsynet sendte 28. juni 2019 varsel om ileggelse av overtredelsesgebyr. Vygruppen innga merknader til varselet 27. september 2019. Vygruppen presenterte videre sine anførsler i møte med Konkurransetilsynet 4. desember 2019.

2.2 Vygruppens merknader til varselet

- (11) I det følgende gis en kort redegjørelse for Vygruppens anførsler gitt i tilsvaret 27. september 2019. Anførselene behandles for øvrig løpende i vedtaket.
- (12) Vygruppen gjør prinsipielt gjeldende at det ikke er gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger, og at det objektive vilkåret for ileggelse av overtredelsesgebyr følgelig ikke er oppfylt.
- (13) Vygruppen anfører at det i det objektive vilkåret må innfortolkes et krav om at opplysningene er av en viss betydning for den vurderingen Konkurransetilsynet skal gjøre, og videre at opplysningssvikten må kunne ha en betydning for utfallet av tilsynets saksbehandling.
- (14) Ifølge Vygruppen var ikke varselet om oppsigelse av persontransportavtalen av betydning for den vurderingen Konkurransetilsynet skulle foreta. Det vises til at tilsynet uansett i sine vurderinger måtte legge til grunn det mest sannsynlige faktum og markedsutvikling. Tilsynet baserte seg følgelig ikke på et uriktig faktum all den tid det var mest sannsynlig at persontransportavtalen ville bli videreført, noe den i ettertid også ble. Dette er ifølge

⁴ Meldingen, side 18, 20 og 28.

⁵ Flåm AS er et heleid datterselskap av Aurland Ressursutvikling AS. Aurland Ressursutvikling AS og Vygruppen eier hver 50 prosent av Flåm Utvikling AS.

⁶ Vygruppen og Flåm Utvikling signerte 9. april 2013 en avtale om persontransport. Avtalen regulerer blant annet Vygruppens leveranse av persontransporttjenester til Flåm Utvikling, samt Flåm Utvikling sitt salg av billetter til Flåmsbanen. Avtalen hadde i utgangspunktet virkning mellom partene fra 1. januar 2013 til og med 31. desember 2027.

⁷ Brev fra Flåm AS, 2. april 2019, side 1.

⁸ Brev fra Flåm AS, 2. april 2019, side 3.

⁹ Brev fra Flåm AS, 2. april 2019, side 2 og 3.

¹⁰ E-post fra Wikborg Rein Advokatfirma AS, 3. april 2019.

¹¹ Brev fra Wikborg Rein Advokatfirma AS, 16. mai 2019.

Vygruppen av avgjørende betydning for spørsmålet om det objektive vilkåret er oppfylt, omfanget av en eventuell overtredelse og bøteutmålingen.

- (15) Opplysningene som er gitt i meldingen må ifølge Vygruppen leses med den forutsetning at det er innenfor rammene av persontransportavtalen at foretaket ikke ville komme i posisjon til å nekte konkurrenter tilgang til Flåmsbanen. Meldingens fremstilling er ifølge Vygruppen derfor korrekt.
- (16) Ifølge Vygruppen var det usikkerhet knyttet til konsekvensene av en oppsigelse av persontransportavtalen, og hvorvidt Vygruppen kunne ha operert Flåmsbanen utenfor rammene av avtalen, herunder om oppsigelsen ville medført opphør av driftsmodellen for Flåmsbanen. Selv for det tilfellet at personavtalen ikke ble videreført, var det derfor ikke gitt at Vygruppen kunne kontrollere konkurrenters tilgang til Flåmsbanen, og det var sannsynlighetsovervekt for at gjeldende driftsmodell ville bestå.
- (17) Vygruppen viser til at Konkurransetilsynet bare kunne lagt til grunn at foretaket kunne styre tilgangen til Flåmsbanen dersom det var sannsynlighetsovervekt for at persontransportavtalen ikke ville bli videreført, samt at en slik oppsigelse ville ha som konsekvens at driftsmodellen med Flåm Utvikling ville opphøre. Det anføres dermed at det påhviler tilsynet å bevise dette med klar sannsynlighetsovervekt.
- (18) Videre anfører Vygruppen at Flåmsbanens lave markedsandeler medfører at Vygruppens mulighet til å nekte konkurrenter tilgang til Flåmsbanen ikke var av avgjørende betydning for vurderingen av innsatsfaktorutestengelse, og at varselet om oppsigelse videre ikke hadde betydning for den materielle vurderingen av denne skadehypotesen.
- (19) På bakgrunn av det ovenstående var det ifølge Vygruppen ikke et relevant faktum at det var varslet oppsigelse av persontransportavtalen, og meldingens fremstilling av konkurrenters tilgang til Flåmsbanen er ikke uriktig eller ufullstendig.
- (20) For det tilfelle at Konkurransetilsynet finner at det objektive vilkåret er oppfylt, anfører Vygruppen at overtredelsen høyst kan anses uaktsom. Det vises til at ingen i foretaket tenkte på oppsigelsen som relevant for meldingen da de anså det for overveiende sannsynlig at persontransportavtalen ville bli videreført. Det vises for øvrig til prosessen med utarbeidelse av meldingen. Det fremheves at Vygruppen ikke hadde noen grunn til å unnlate å opplyse om den varslede oppsigelsen.
- (21) Subsidiært anfører Vygruppen at boten må reduseres betydelig.
- (22) Vygruppen anfører at Konkurransetilsynets tidligere praksis danner en skranke for tilsynets skjønnsutøvelse ved bøteutmålingen, og at det ikke foreligger relevante forhold i det konkrete saksforholdet eller endringer i rettsutviklingen som berettiger et høyere bøtenivå enn i tidligere saker. Vygruppen peker videre på at det å gi uriktige eller ufullstendige opplysninger og brudd på gjennomføringsforbudet har ulikt tak for maksimalt gebyr, og følgelig er det lovgivers implisitte vilje at det å gi uriktige eller ufullstendige opplysninger er en mindre alvorlig overtredelse enn brudd på gjennomføringsforbudet. Inngivelse av uriktige eller ufullstendige opplysninger kan således ikke sanksjoneres like strengt eller strengere enn slike overtredelser. Vygruppen anfører i forlengelsen av dette at en harmonisering av prinsippene for bøteutmåling ikke innebærer at Norge skal ha det samme bøtenivået som i EU.
- (23) Ifølge Vygruppen kan ikke overtredelsen karakteriseres som grov og ligger i nedre sjikt hva alvorlighet angår. Vygruppen viser til at Konkurransetilsynet i formildende retning må vektlegge at opplysningene ikke har hatt negative konsekvenser for konkurransen og ikke fikk betydning for konkurranseanalysen. De konkrete opplysningene var etter Vygruppens oppfatning ikke av betydning for den materielle vurderingen tilsynet skulle foreta og medførte ikke at tilsynet baserte seg på et uriktig faktum, jf. redegjørelsen ovenfor i avsnitt (14) til (18). Videre anfører Vygruppen at det i formildende retning må legges vekt på graden av utvist skyld, sammenlignet med forsettlig overtredelser. Konkret vises det til at den varslede boten utgjør en langt høyere andel av konsernets omsetning sammenlignet med tilsynets tidligere saker, både saker som gjelder brudd på gjennomføringsforbudet og inngivelse av uriktige eller

ufullstendige opplysninger. Sett i sammenheng med utmålingsforskriften¹² og tilsynets tidligere praksis, anføres det at den varslede bøteutmålingen må anses vilkårlig.

3 Overtredelse av konkurranseloven § 29 første ledd bokstav d og meldepliktforskriften § 1 fjerde ledd

3.1 Innledning

- (24) Konkurranseloven § 29 første ledd oppstiller både objektive og subjektive vilkår for ileggelse av overtredelsesgebyr. Konkurransetilsynet vil i punkt 3 vurdere hvorvidt det objektivt sett foreligger en overtredelse av konkurranseloven § 29 første ledd bokstav d og meldepliktforskriften § 1 fjerde ledd. Dernest vil tilsynet behandle skyldkravet i punkt 4, bevisskravet i punkt 5 og utmåling av overtredelsesgebyret i punkt 6.

3.2 Rettslig utgangspunkt

- (25) Det følger av konkurranseloven § 29 første ledd bokstav d at et foretak kan ilegges overtredelsesgebyr dersom foretaket eller noen som handler på vegne av foretaket "*forsettlig eller uaktsomt*" gir "*uriktige eller ufullstendige opplysninger*" til Konkurransetilsynet.
- (26) Tilsvarende blir presisert i meldepliktforskriften § 1 fjerde ledd, hvor det fremgår at en melder som "*forsettlig eller uaktsomt*" gir "*uriktige eller ufullstendige opplysninger*" kan ilegges overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 første ledd bokstav d.¹³
- (27) Hvorvidt et foretak eller noen som har handlet på vegne av foretaket har gitt "*uriktige eller ufullstendige opplysninger*" beror på en objektiv vurdering. Forarbeidene gir ikke nærmere veiledning med hensyn til hvordan vilkåret skal tolkes. Ordlyden tilsier at avgivelse av positivt uriktige opplysninger, unnlattelse av å gi opplysninger og avgivelse av mangelfulle opplysninger er omfattet av bestemmelsen. Opplysninger vil være uriktige når de ikke stemmer med de faktiske forhold. Opplysninger vil være ufullstendige når de gir et fortegnert eller ufullstendig bilde av de underliggende realitetene, selv om opplysningene som er gitt isolert sett er riktige så langt de rekker, for eksempel der opplysninger er utelatt eller fremstilt på en misvisende måte.¹⁴ Det kan være en glidende overgang mellom uriktige og ufullstendige opplysninger, og det er ikke nødvendig å trekke en grense mellom de to alternativene.
- (28) Bestemmelsen har til formål å sikre at Konkurransetilsynet kan stole på riktigheten og fullstendigheten av de opplysninger som gis. Dette er særlig viktig i saker hvor tilsynet behandler meldinger om foretakssammenslutninger med korte lovpålagte frister for saksbehandlingen. Dette tilsier at de opplysninger partene gir i meldingen om forhold som er relevante for Konkurransetilsynets vurdering av foretakssammenslutningen, skal være riktige og fullstendige.¹⁵
- (29) Konkurransetilsynet legger videre til grunn at ordlyden i konkurranseloven § 29 første ledd bokstav d ikke oppstiller et krav om at de uriktige eller ufullstendige opplysningene skal ha hatt betydning for det endelige utfallet av saken. Etter tilsynets oppfatning vil et slikt krav kunne føre til en uthuling av formålet med bestemmelsen. Tilsynet finner heller ikke

¹² Forskrift 11. desember 2013 nr. 1465 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr.

¹³ Tilsvarende som den norske konkurranseloven har Rådsforordning nr. 139/2004 om kontroll med foretakssammenslutninger, OJ L 24, side 1-22, en bestemmelse om ileggelse av overtredelsesgebyr ved inngivelse av "*incorrect or misleading information*" i artikkel 14 nr. 1.

¹⁴ I M.8228 *Facebook/Whatsapp* (17.mai 2017), avsnitt 78, tolket Kommisjonen ordlyden dithen at "*According to the ordinary meaning of the terms, "incorrect" or "misleading" information within the context of Article 14 of the Merger Regulation is to be understood as meaning information that deviates from what is, to the best of the knowledge and belief of the undertakings supplying the information to the Commission, true, correct and complete*". I M.3255 *Tetra Laval/Sidel* (7. juli 2004), avsnitt 60, bestred Kommisjonen at vilkåret "*misleading*" i fusjonsfordningen artikkel 14 nr. 1 bokstav b var subjektivt og at "*[m]isleading information is information which would tend to suggest to a normal or reasonable reader that the situation is other than it is*".

¹⁵ Se Kommisjonens forordning nr. 802/2004 om gjennomførelse av Rådsforordning nr. 139/2004 om kontroll med foretakssammenslutninger, Fortalen, side 1, avsnitt 5. Se videre M. 3255 *Tetra Laval/Sidel* (7. juli 2004), avsnitt 90, sak No IV/M.1543 *Sanofi/Synthelabo* (28. juli 1999), avsnitt 28, sak No. IV/M.1610 *Deutsche Post/trans-o-flex* (14. desember 1999), avsnitt 93, og sak M.2624 *BP/Erdolchemie* (19. juni 2002), avsnitt 39.

holdepunkter i praksis for at et slikt krav skal innfortolkes i bestemmelsen.¹⁶ Det er tilsynets oppfatning at det er tilstrekkelig at de uriktige eller ufullstendige opplysningene er relevante for de vurderinger tilsynet skal foreta i forbindelse med sin behandling av foretakssammenslutninger.

3.3 Konkurransetilsynets vurdering

(30) Vygruppen redegjør flere steder i meldingen 3. mars 2019 for partenes manglende mulighet til å styre distribusjonen av billetter til Flåmsbanen, og at Vygruppen ikke kan komme i en posisjon hvor de kan nekte konkurrenter av Fjord Tours AS tilgang til Flåmsbanens turer.

(31) Under beskrivelsen av de relevante produktmarkedene hitsettes fra meldingen:

*"[D]et er Flåm AS som er distributør av billetter til Flåmsbana og The Fjords' fjord cruise til reiselivsselskaper. NSB og Fjord1 har ingen direkte påvirkningskraft med tanke på hvilke priser som settes i markedet og hvilke aktører som får tilgang til disse turene. Illustrerende i så måte er at Flåm AS i dag selger billetter til Flåmsbana til konkurrenter av Fjord Tours, selv om NSB har en eierandel på 43 prosent i Fjord Tours."*¹⁷ [Konkurransetilsynets understreking]

(32) Videre fremgår det følgende under beskrivelsen av det geografiske markedet i meldingen:

*"Det gjentas for ordens skyld at NSB ikke står for salg og distribusjon av billetter til Flåmsbanen til reiselivsselskaper, slik at denne strekningen ikke vil stå i et vertikalt forhold til Fjord Tours' pakketurvirsomhet."*¹⁸ [Konkurransetilsynets understreking]

(33) I meldingen fremgår det også følgende i redegjørelsen for hvorfor partene ikke anser innsatsfaktorutestengelse som en reell skadehypotese i saken:

*"Fordi distribusjon av billetter til The Fjords' og Flåmsbanas turer hovedsakelig distribueres gjennom Flåm AS (www.visitflam.com), vil verken Fjord1 eller NSB være i en posisjon til å kunne nekte konkurrenter av Fjord Tours tilgang til The Fjords og Flåmsbana. [...] Grunnet avtalene som ligger til grunn for drift i Flåm Utvikling og The Fjords, samt at partene ikke har en tilstrekkelig grad av kontroll over nevnte selskapene til å kunne tvinge gjennom at salg skal skje gjennom NSB og Fjord1, vil NSB og Fjord1 følgelig ikke kunne komme i en posisjon til å kunne nekte konkurrenter av Fjord Tours tilgang til The Fjords og Flåmsbanas turer."*¹⁹ [Konkurransetilsynets understreking]

(34) I e-post 3. april 2019 til Konkurransetilsynet bekrefter Vygruppen opplysningene fra Flåm om at persontransportavtalen mellom Flåm Utvikling og Vygruppen ble varslet sagt opp 1. mars 2019. Vygruppen opplyser videre at avtalen ble sagt opp 2. april 2019, med virkning fra 2. april 2020. Det pekes på uenighet mellom Vygruppen og Aurland Ressursutvikling AS ("ARU") som bakgrunn for konflikten. Det vises til at Vygruppen i henhold til persontransportavtalen har krav på et justert vederlag fra Flåm Utvikling som etter avtalen står for driften av og salg av billetter på Flåmsbanen hele året. Det opplyses videre at Vygruppen både ved brev 6. juni 2018 og 1. mars 2019 hadde varslet oppsigelse av avtalen dersom Flåm Utvikling/ARU ikke aksepterte avtalen med oppdaterte økonomiske betingelser.

(35) Vedrørende konsekvensene av oppsigelsen og videre drift av Flåmsbanen, fremgår det følgende i den samme e-posten:

"Som en konsekvens av at avtalen nå er sagt opp, er det uklart hvordan Flåmsbana vil driftes etter 2. april 2020. Aksjonæravtalen mellom NSB og ARU har bestemmelser om hva som skjer ved oppsigelse av persontransportavtalen som må vurderes nærmere. Det er derfor ikke

¹⁶ Se bl.a. Kommisjonens avgjørelse M.8436 *General Electric Company/LM Wind Power Holding* (8. april 2019), avsnitt 187 og 192, hvor det bl.a. uttales at "*Finally, the Commission considers that although the outcome of the GE/LM Investigation remained unchanged, the competitive assessment would have been inaccurate without the relevant information*". Tilsvarende i M.8228 *Facebook/Whatsapp* (17. mai 2017), avsnitt 100, hvor det ble uttalt at "*Nonetheless, the Commission notes that, albeit relevant, the incorrect or misleading information by Facebook, Inc. did not have any impact on the outcome of the Article 6 (1)(b) Decision*".

¹⁷ Meldingen, side 18.

¹⁸ Meldingen, side 20.

¹⁹ Meldingen, side 28.

avklart om driften fortsatt kan skje i et samarbeid med Flåm Utvikling. Det er heller ikke tatt stilling til distribusjonsløsninger for Flåmsbana etter en oppsigelse. [...]

Flåmsbana vil som i dag være tilgjengelig for salg av NSB og Entur, i dag også antakelig gjennom andre salgskanaler. Det opplyses for ordens skyld at NSB i henhold til konsesjonsavtalen med Jernbaneverket for Flåmsbana ikke har en plikt til å tilgjengeliggjøre varelageret til Flåmsbana for Entur, men at dette skjer på avtalebasis. [...]

Formelt vil NSB fra 2. april 2020 ha mulighet til å kontrollere hvilke reiselivsselskaper som får tilgang til Flåmsbana". [Konkurransetilsynets understreking]

- (36) Vygruppen bekrefter videre at oppsigelsen av persontransportavtalen vil medføre at Flåm som er dagens hoveddistributør av billetter til Flåmsbanen, mister sin distribusjonsrett fra 2. april 2020.²⁰ I brev 16. mai 2019 opplyses det videre at Vygruppen som en konsekvens av en oppsigelse av persontransportavtalen ville overtatt distribusjonen av billetter til Flåmsbanen.²¹
- (37) Det stadfestes med dette at Vygruppen, som en konsekvens av avtaleoppsigelsen, vil kunne komme i en posisjon til å nekte konkurrentene av NSB Fjord1 Reiseliv AS/ Fjord Tours AS tilgang til Flåmsbanen ved utløpet av oppsigelsestiden.
- (38) Det er Konkurransetilsynets oppfatning at opplysningene gitt i e-post 3. april 2019 står i motstrid til de opplysninger som Vygruppen oppgir i meldingen.
- (39) Meldingen inneholder ingen henvisning til persontransportavtalen og dens betydning for salg av billetter til Flåmsbanen, eller til oppsigelsen som var varslet ved to anledninger på meldetidspunktet. Konkurransetilsynet hadde følgelig ikke kjennskap til dette. Tilsynet fikk først kjennskap til persontransportavtalen og varselet om oppsigelse ved brev fra Flåm 2. april 2019.²² Heller ikke da Vygruppen sa opp avtalen 2. april 2019, opplyste de tilsynet om dette.
- (40) Vygruppens anførsel om at det objektive vilkåret ikke er oppfylt ettersom Konkurransetilsynet ikke baserte seg på et uriktig faktum all den tid det var mest sannsynlig at persontransportavtalen ville bli videreført, kan etter tilsynets vurdering ikke føre frem. Tilsvarende gjelder for Vygruppens anførsel relatert til at det var avtalerettslig usikkerhet knyttet til konsekvensene av en oppsigelse av persontransportavtalen, og at gjeldende driftsmodell for Flåmsbanen med Flåm Utvikling og Flåm mest sannsynlig ikke ville opphøre.
- (41) Konkurransetilsynet viser til at et foretaks forventninger eller antagelser, selv om de viser seg å være berettigede, ikke gir grunnlag for å fremstille faktum på en uriktig eller ufullstendig måte. På meldetidspunktet hadde Vygruppen varslet oppsigelse av persontransportavtalen, og som det fremgår av e-post fra Vygruppen 3. april 2019, ville en oppsigelse medføre at Vygruppen fra 2. april 2020 formelt ville få mulighet til å kontrollere hvilke reiselivsselskaper som får tilgang til Flåmsbana. Dette ville vært utgangspunktet for tilsynets vurdering av Vygruppens mulighet til å nekte konkurrenter av NSB Fjord1 Reiseliv AS/Fjord Tours AS tilgang til Flåmsbanen. Uten kjennskap til varselet om oppsigelsen av persontransportavtalen 1. mars 2019 og konsekvensene av en slik oppsigelse, la tilsynet til grunn et uriktig eller ufullstendig faktum på bakgrunn av opplysningene gitt i meldingen.
- (42) Hvilken markedsutvikling som Konkurransetilsynet skal legge til grunn som mest sannsynlig i vurderingen av konkurranseloven § 16, er uten betydning for spørsmålet om det objektive vilkåret i bestemmelsen er oppfylt. Vygruppen ga i meldingen ingen opplysninger om den varslede oppsigelsen eller en begrunnelse for hvorfor de anså at denne ikke var av betydning for tilsynets vurderinger, slik de anfører i sitt tilsvaer.²³ Basert på opplysningene Vygruppen oppga i meldingen, fikk tilsynet ikke kjennskap til relevante opplysninger som aktualiserte vurderingen om sannsynlig markedsutvikling, herunder spørsmålet om persontransportavtalen ville bli videreført eller ny avtale inngått, de avtalerettslige konsekvensene av en oppsigelse, samt hvilke konsekvenser en oppsigelse ville ha for gjeldende driftsmodell.

²⁰ E-post fra Wikborg Rein Advokatfirma AS, 3. april 2019. I meldingen opplyses det at Flåm står for omtrent 70 prosent av billettsalget til Flåmsbanen, jf. side 7 og 15.

²¹ Brev fra Wikborg Rein Advokatfirma AS, 16. mai 2019, side 3.

²² Se avsnitt (6).

²³ Se punkt 2.2.

- (43) Konkurransetilsynet finner det derfor ikke nødvendig i vurderingen av om det objektive vilkåret er oppfylt, å gå nærmere inn på de omstendigheter som ifølge Vygruppen berettiget deres oppfatning av at persontransportavtalen mest sannsynlig ville bli videreført og at en oppsigelse uansett ikke ville medføre opphør av gjeldende driftsmodell.
- (44) Vygruppen anfører at opplysningene i meldingen må leses med den forutsetning at det er innenfor rammene av persontransportavtalen at foretaket ikke ville komme i posisjon til å nekte konkurrenter tilgang til Flåmsbanen, og at fremstillingen i meldingen således er korrekt. Denne anførelsen kan etter Konkurransetilsynets oppfatning ikke føre frem. Det vises til avsnitt (39) der det fremgår at tilsynet i meldingen ikke ble gjort kjent med persontransportavtalen og dens betydning for distribusjon av billetter på Flåmsbanen, samt at avtalen var varslet sagt opp på meldetidspunktet. Ved å unnlate å opplyse om dette er ikke fremstillingen i meldingen i samsvar med den faktiske situasjonen. Tilsynet baserte seg derved på et uriktig eller ufullstendig faktum i vurderingen av om Vygruppen hadde mulighet til å nekte konkurrenter av NSB Fjord1 Reiseliv AS/FjordTour AS tilgang til Flåmsbanen.
- (45) Konkurransetilsynet er videre av den oppfatning at Vygruppens anførsel om at varselet om oppsigelse ikke var av betydning for tilsynets materielle vurdering av innsatsfaktorutestengelse grunnet Flåmsbanens lave markedsandel, heller ikke kan føre frem.
- (46) Foretakssammenslutningen gjaldt opprettelse av fellesforetaket NSB Fjord1 Reiseliv og erverv av kontroll over Fjord Tours, hvor morselskapene, Vygruppen og Fjord1, var aktive på et tidligere ledd i omsetningskjeden. Foretakssammenslutningen reiste utelukkende vertikale problemstillinger. En av sakens vertikale skadehypoteser var om de involverte foretakene etter foretakssammenslutningen ville velge å kun selge sine tjenester innen transport og turistopplevelser, herunder Flåmsbanen, til NSB Fjord1 Reiseliv AS/Fjord Tours AS, eller selge på vesentlig dårligere betingelser til konkurrenter av disse. Sett hen til virkningene av en oppsigelse av persontransportavtalen, jf. avsnitt (35) til (37), var både det faktum at det var varslet oppsigelse av persontransportavtalen på meldetidspunktet og den etterfølgende oppsigelsen relevant for Konkurransetilsynets vurdering. Som det fremgår av avsnitt (29), er det tilsynets oppfatning at det er tilstrekkelig at de uriktige eller ufullstendige opplysningene er relevante for de vurderinger tilsynet skal foreta i forbindelse med sin behandling av foretakssammenslutningen.
- (47) Etter Konkurransetilsynets oppfatning er således opplysningene i meldingen 3. mars 2019 uriktige eller ufullstendige, sammenholdt med opplysningene gitt i e-post 3. april 2019 om persontransportavtalens betydning og oppsigelsen som var varslet på meldetidspunktet.
- (48) På denne bakgrunn finner Konkurransetilsynet at det er bevist med klar sannsynlighetsovervekt at Vygruppen har gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger til Konkurransetilsynet i meldingen 3. mars 2019.

4 Skyldkravet

4.1 Rettslig utgangspunkt

- (49) Det fremgår av konkurranseloven § 29 første ledd at overtredelsen må være forsettlig eller uaktsom for at overtredelsesgebyr skal kunne ilegges.
- (50) Høyesterett har slått fast at skyldkravet i konkurranseloven § 29 skal forstås på samme som i strafferetten.²⁴ Det foreligger en forsettlig overtredelse av konkurranseloven § 29 første ledd bokstav d dersom foretaket eller noen som handlet på dets vegne var klar over eller holdt det for mest sannsynlig at opplysningene var uriktige eller ufullstendige.²⁵ Det foreligger også forsett dersom foretaket holdt det for mulig at opplysningene var uriktige eller ufullstendige, men valgte å inngi opplysningene likevel.²⁶ Ved vurderingen av om det foreligger en forsettlig

²⁴ Rt. 2012 s. 1556 (*Brosaken*), avsnitt 66.

²⁵ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven) § 22 første ledd bokstav b.

²⁶ Straffeloven § 22 første ledd bokstav c.

overtredelse vil man kunne trekke slutninger fra de ytre omstendighetene med "anvendelse av vanlig sunn fornuft og allment aksepterte erfaringssetninger".²⁷

- (51) En uaktsom overtredelse foreligger dersom foretaket eller de som har begått overtredelsen, burde ha vært klar over de faktiske forhold som begrunner konstateringen av at det er inngitt uriktige eller ufullstendige opplysninger. Grov uaktsomhet foreligger dersom handlingen er svært klanderverdig og det er grunnlag for sterk bebreidelse.²⁸
- (52) Konkurransetilsynet har i kapittel 3 vurdert det objektive vilkåret for om det foreligger en overtredelse av konkurranseloven § 29 første ledd bokstav d og vil legge dette til grunn ved vurderingen av skyldkravet.
- #### 4.2 Konkurransetilsynets vurdering
- (53) Konkurransetilsynet har kommet til at Vygruppen i meldingen 3. mars 2019 har gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger, jf. punkt 3.3.
- (54) Redegjørelsen i meldingen for Vygruppens manglende mulighet til å styre tilgangen og distribusjonen av billetter til Flåmsbanen, er positive opplysninger gitt til Konkurransetilsynet. Følgelig var Vygruppen kjent med innholdet i meldingen.
- (55) I oppsigelsen av persontransportavtalen som Vygruppen sendte til Flåm Utvikling 2. april 2019, fremgår det at avtalepartene i en periode på over ett år har vært gjennom flere runder med forhandlinger uten å bli enige om en ny persontransportavtale.²⁹ Det vises videre til at Vygruppen sendte varsel om oppsigelse av persontransportavtalen til Flåm Utvikling allerede 6. juni 2018 og deretter 1. mars 2019.³⁰ Det vises for øvrig til beskrivelsen av forhandlingsprosessen gitt i tilsvaret.³¹ Følgelig var Vygruppen godt kjent med de faktiske forhold knyttet til varsel om oppsigelse av persontransportavtalen.
- (56) Konkurransetilsynet viser videre til sammenfallet i tidspunkt, herunder at varsel om oppsigelse ble sendt Flåm Utvikling 1. mars 2019 og meldingen levert til Konkurransetilsynet 3. mars 2019. Vygruppen hadde følgelig også tidsnær kunnskap om omstendighetene som begrunner konstateringen av at det er inngitt uriktige eller ufullstendige opplysninger.
- (57) Vygruppen er en stor profesjonell aktør som har vært representert ved advokat. Graden av aktsomhet som med rimelighet kan forventes ved inngivelse av korrekte og fullstendige opplysninger er således høy.³²
- (58) Redegjørelsen for at Vygruppen ikke kunne styre tilgangen og distribusjonen av billetter til Flåmsbanen blir nevnt flere steder i meldingen, jf. avsnitt (30) til (33). At dette blir gjentatt flere ganger, ga Vygruppen en forsterket oppfordring til å reagere på de uriktige eller ufullstendige opplysningene i meldingen. I tillegg, ettersom det i meldingen ble viet en del plass til å redegjøre for at Vygruppen ikke vil ha mulighet til å kunne styre distribusjonen av billettsalget til Flåmsbanen, burde Vygruppen også forstått at varselet om oppsigelse av persontransportavtalen var et relevant faktum for Konkurransetilsynet å kjenne til. Det vises til at konsekvensene av en avtaleoppsigelse var at Vygruppen fra 2. april 2020 ville ha mulighet til å styre distribusjonen og tilgangen til Flåmsbanen, jf. avsnitt (35) til (37). Det vises også til tilsynets vurdering av opplysningenes relevans, jf. særlig avsnitt (46).
- (59) Vygruppen redegjør i tilsvaret for at ingen i foretaket tenkte på oppsigelsen som relevant ettersom de holdt det for overveiende sannsynlig at persontransportavtalen ville videreføres, og at de ikke hadde noen grunn til å la være å opplyse om oppsigelsen. Det anføres at Vygruppen høyst kan anses for å ha handlet uaktsomt ved inngivelse av de uriktige eller ufullstendige opplysningene.

²⁷ Rt. 2012 s. 1556 (*Brosaken*) avsnitt 67 og Rt. 1974 s. 382 (*Lillehammersaken*) side 385.

²⁸ Straffeloven § 23 annet ledd.

²⁹ "Oppsigelse av Avtale om persontransporttjenester på Flåmsbana mellom Flåm Utvikling AS og NSB AS", 2. april 2019, side 1.

³⁰ E-post fra Wikborg Rein Advokatfirma AS, 3. april 2019.

³¹ Tilsvaret, side 2, 3 og 6.

³² Sml. M. 3255 *Tetra Laval/Sidel* (7. juli 2004), avsnitt 103.

- (60) Det er Konkurransetilsynets vurdering at Vygruppen burde forstått at opplysningene inngitt til tilsynet i meldingen 3. mars 2019 var uriktige eller ufullstendige, gitt den kunnskapen foretaket på dette tidspunktet hadde om de resultatløse forhandlingene, varslene om oppsigelse av persontransportavtalen samt konsekvensene av en oppsigelse.
- (61) Vygruppen viser i tilsvaret til at redegjørelsen i meldingen knyttet til Vygruppens manglende mulighet til å kontrollere tilgangen til Flåmsbanen allerede ble ferdigstilt 20. desember 2018 da forhandlingsklimaet med ARU var godt. Det vises videre til at et oppdatert utkast til melding ble sendt til Vygruppen 25. februar 2019, uten at det var foretatt endringer av betydning for de aktuelle avsnittene i meldingen. På dette tidspunktet, og i tiden forut, skjedde en forverring av forhandlingsklimaet. Vygruppen anfører at det var forståelig at ingen i foretaket på dette tidspunktet tenkte på de pågående forhandlingene om persontransportavtalen som relevant for meldingen.
- (62) Dette er etter Konkurransetilsynets oppfatning en anførsel som klart ikke kan føre frem. Tilsynet understreker at det påligger melder en plikt til å påse at det på tidspunktet for inngivelse av melding gis riktige og fullstendige opplysninger, samt at eventuelle materielle endringer i faktum som melder har kjennskap til, eller burde ha kjennskap til, kommuniseres til tilsynet uten forsinkelser. At prosessen som leder frem til inngivelse av melding har vært langvarig, fritar selvsagt ikke et foretak fra dette ansvaret. I lys av de pågående og langvarige forhandlingene med ARU som førte til at avtalen ble sagt opp, med en forverring av forhandlingsklimaet i måneden forut for inngivelse av melding, burde Vygruppen klart ha forsikret seg om at redegjørelsen i meldingen på tidspunktet for inngivelse ga et riktig og fullstendig bilde av foretakets mulighet å kunne kontrollere billettsalget og tilgangen til Flåmsbanen.
- (63) På bakgrunn av dette er det Konkurransetilsynets vurdering at det er bevist med klar sannsynlighetsovervekt at Vygruppen, eller noen som handlet på Vygruppens vegne, har handlet uaktsomt ved inngivelsen av de uriktige eller ufullstendige opplysningene til tilsynet. Tilsynet anser videre at det er grunnlag for sterk bebreidelse av Vygruppen og at opplysningssvikten i den foreliggende sak representerer et markert avvik fra forsvarlig handlemåte. Det er derfor Konkurransetilsynets vurdering at uaktsomheten i dette tilfellet har vært grov.
- (64) Konkurransetilsynet legger etter dette til grunn at de subjektive vilkårene for ileggelse av overtredelsesgebyr er oppfylt.

5 Overtredelsesgebyr

5.1 Rettslig utgangspunkt

- (65) Etter konkurranseloven § 29 første ledd bokstav d 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 gir uriktige eller ufullstendige opplysninger til konkurransemyndighetene.

5.2 Beviskrav

- (66) Det fremgår ikke direkte av konkurranseloven hvilket beviskrav som gjelder ved ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29.
- (67) I rettspraksis er det oppstilt et skjerpet beviskrav, slik at det for ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 kreves at det faktum som legges til grunn ved anvendelse av bestemmelsen må være bevist med klar sannsynlighetsovervekt. Det samme beviskravet gjelder ved vurderingen av skyldgraden som ledd i utmålingen av reaksjon.³³
- (68) Konkurransetilsynets vurdering er at det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for de faktiske omstendigheter som ligger til grunn for ileggelse av overtredelsesgebyr for å ha gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger, jf. redegjørelsen ovenfor i kapittel 3 og 4.

³³ Rt. 2012 s. 1556 (*Brosaken*), avsnitt 60.

5.3 Ansvarsplassering

- (69) Utgangspunktet er at overtredelsesgebyr må ilegges det foretak som har begått overtredelsen.
- (70) Meldingen ble inngitt til Konkurransetilsynet av Vygruppen og Fjord1 ASA i fellesskap. De uriktige eller ufullstendige opplysningene gjelder imidlertid Vygruppens virksomhet, og Konkurransetilsynet er ikke kjent med at Fjord1 ASA var, eller burde ha vært, klar over de faktiske forhold som ligger til grunn for at meldingen inneholder uriktige eller ufullstendige opplysninger.
- (71) På denne bakgrunn er det Konkurransetilsynets vurdering at det er Vygruppen som har begått overtredelsen, og som en følge av dette kan ilegges overtredelsesgebyr.

6 Utmåling av overtredelsesgebyr

6.1 Rettslig utgangspunkt

- (72) Konkurransetilsynet understreker at hensynet til en effektiv kontroll av foretakssammenslutninger tilsier at brudd på plikten til å gi riktige og fullstendige opplysninger i melding til tilsynet må sanksjoneres med overtredelsesgebyr, jf. konkurranseloven § 29 første ledd bokstav d og meldepliktforskriften § 1 fjerde ledd.
- (73) Etter konkurranseloven § 29 annet ledd annet punktum skal det ved fastsettelsen av overtredelsesgebyrets størrelse blant annet legges særlig vekt på foretakets omsetning, overtredelsens grovhet og varighet. Angivelsen av disse momentene er ikke uttømmende, også andre momenter kan være av betydning ved utmåling av overtredelsesgebyr.³⁴
- (74) Det fremgår av forarbeidene til konkurranseloven at utmålingen av overtredelsesgebyr så langt som mulig bør harmoniseres med prinsippene i EU/EØS-reglene.³⁵ EU- og EØS-rettskilder er således relevante ved utmålingen av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29. Tilsvarende som den norske konkurranseloven har fusjonsforordningen regler om ilegging av overtredelsesgebyr ved inngivelse av uriktige eller ufullstendige opplysninger.³⁶ Prinsippene for utmåling av overtredelsesgebyr i konkurransesaker i EU/EØS er således relevante ved utmålingen av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29.
- (75) I forbindelse med innføringen av hjemmelen for å kunne ilegge overtredelsesgebyr i konkurranseloven var det også en uttalt målsetting fra lovgiver å oppnå en harmonisering av gebyrnivået med EU/EØS.³⁷ På bakgrunn av dette mener Konkurransetilsynet at det ved utmålingen av overtredelsesgebyr for brudd på plikten til å gi riktige og fullstendige opplysninger er sentralt hvordan denne type overtredelse blir sanksjonert i EU/EØS-retten.
- (76) Nærmere regler om utmåling av overtredelsesgebyr er gitt i forskrift 11. desember 2013 nr. 1465 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr (heretter "utmålingsforskriften").
- (77) Dersom et foretak forsettlig eller uaktsomt inngir uriktige eller ufullstendige opplysninger, kan Konkurransetilsynet ilegge et overtredelsesgebyr på inntil 1 prosent av foretakets omsetning, jf. utmålingsforskriften § 2 første ledd bokstav e. Foretakets omsetning er den samlede salgsinntekt for det siste regnskapsåret jf. forskrift om overtredelsesgebyr § 2 tredje ledd. Begrepet foretak i utmålingsforskriften skal i norsk konkurranserett forstås på samme måte som i EU/EØS-retten. Det innebærer at dersom et datterselskap er overtredende, er gebyret som fremgår av § 2 knyttet til morselskapets samlede salgsinntekt.
- (78) En tilsvarende bestemmelse som § 2 første ledd bokstav e gjelder ved utmåling av gebyr etter EU- og EØS-reglene.³⁸ Det fremgår av EU-retten at bestemmelsen utgjør en maksimalgrense som et utmålt gebyr ikke kan overskride. Et hensyn bak regelen er å beskytte foretak mot at

³⁴ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 241.

³⁵ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 241. Se også Rt. 2012 s. 1556 (*Brosaken*), avsnittene 74, 77, samt 80 til 81.

³⁶ Rådsforordning nr. 139/2004 om kontroll med foretakssammenslutninger, OJ L 24, side 1-22, artikkel 14 nr. 1.

³⁷ Innst. O. nr. 50 (2003-2004) punkt 2.7. Se også Evensen/Sæveraas "Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer", 2009, side 760.

³⁸ Rådsforordning nr. 139/2004 om kontroll med foretakssammenslutninger, OJ L 24, s. 1-22, artikkel 14 nr. 1 jf. artikkel 5.

det ilegges overtredelsesgebyr som kan medføre at foretaket forsvinner ut av markedet, jf. blant annet *Tokai Carbon*.³⁹

- (79) Det følger 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 innvirkning 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 overtredelsen, om foretaket har bistått Konkurransetilsynet i forbindelse med etterforskningen av overtredelsen utover foretakets rettslige plikt, økonomien til det konsern foretaket er en del av og overtredelsesgebyrets preventive virkning.
- (80) Konkurransetilsynet har ved utmålingen betydelig skjønnsfrihet med hensyn til å tilpasse nivået på overtredelsesgebyrene til de krav som er nødvendige for å sikre en effektiv håndheving av konkurranselovens regler om kontroll med foretakssammenslutninger.
- (81) Overtredelsesgebyr utmåles konkret i den enkelte sak og variasjoner i faktum fra sak til sak vil kunne ha betydning for gebyrets størrelse. I tillegg vil endringer i rettsutviklingen og rettsoppfatninger kunne medføre behov for å fravike tidligere praksis. Dette innebærer at foretak ikke kan ha berettigede forventninger om at bestemte typer overtredelser vil sanksjoneres med overtredelsesgebyr på et gitt nivå.⁴⁰
- (82) Konkurransetilsynet legger til grunn at det ikke foreligger en etablert utmålingspraksis fra tilsynet knyttet til overtredelser av plikten til å gi riktige og fullstendige opplysninger.⁴¹ Tilsynet står derfor i utgangspunktet fritt i sin skjønnsutøvelse, innenfor maksimalgrensen på 1 prosent og under hensyntagen til de øvrige utmålingsmomentene som følger av utmålingsforskriften, til å utmåle et overtredelsesgebyr i denne konkrete saken som i tilstrekkelig grad ivaretar hensynet til individual- og allmennprevensjon.
- (83) Saker om brudd på plikten til å gi riktige og fullstendige opplysninger har som nevnt et øvre tak på 1 prosent av foretakets omsetning, mens saker om brudd på gjennomføringsforbudet etter konkurranseloven § 19 har et øvre tak på 10 prosent av foretakets omsetning, jf. utmålingsforskriften § 2 første og annet ledd. Selv om overtredelser av konkurranseloven § 29 første ledd bokstav d og § 19 har ulikt tak for maksimalt gebyr, er det etter Konkurransetilsynets vurdering mange av de samme hensynene som begrunner disse forbudene. Både det å inngi uriktige eller ufullstendige opplysninger i melding og brudd på gjennomføringsforbudet kan potensielt gjøre stor skade på konkurransen, og hindre tilsynet i å drive en effektiv kontroll med foretakssammenslutninger. Etter tilsynets vurdering vil det derfor etter omstendighetene i den enkelte sak kunne være relevant å se hen til utmålingsnivået i denne typen saker. Videre vurderer tilsynet at vedtakspraksisen knyttet til konkurranseloven § 19 ikke danner en absolutt skranke for hvilket nivå et gebyr for overtredelse av konkurranseloven § 29 første ledd bokstav d kan ligge på.

6.2 Konkret vurdering

- (84) Konkurransetilsynet har kommet til at Vygruppen må sanksjoneres med et overtredelsesgebyr, jf. konkurranseloven § 29 første ledd.

³⁹ Forente saker T-71/03 m.fl. *Tokai Carbon mot Kommisjonen*, avsnitt 389. Underrettens dom ble materielt opprettholdt av EU-domstolen i sak C-238/05 P *SGL Carbon mot Kommisjonen*.

⁴⁰ Forente saker C-100/80 m.fl. *Musique Diffusion Française mot Kommisjonen*, avsnitt 109; sak T-77/08 *Dow Chemical mot Kommisjonen*, avsnitt 139 til 141, og C-549/10 P *Tomra m.fl. mot Kommisjonen*, avsnitt 104 til 106. Underrettens dom ble materielt opprettholdt av EU-domstolen i sak C-179/12 P *The Dow Chemical Company mot Kommisjonen*. Se også Konkurranseskjennemålingsvedtak 2019/34 *Telenor AS/Telenor ASA*, avsnitt 541.

⁴¹ Det foreligger kun to eldre vedtak knyttet til denne bestemmelsen, V2007-4 *B2C Energy AS* og V2009-19 *ISS Facility Services AS*. Førstnevnte sak gjelder uriktige/ufullstendige opplysninger i forbindelse med innrapportering av priser og vilkår til tilsynet, mens sistnevnte sak gjelder uriktige/ufullstendige opplysninger i alminnelig melding. Gebyrene i sakene lå på hhv. 60.000 og 50.000 kroner.

- (85) Ved fastsettelsen av overtredelsesgebyrets størrelse legger Konkurransetilsynet til grunn Vygruppens konsernomsetning for regnskapsåret 2018 som utgjorde 15 895 millioner kroner.⁴² At Vygruppen er et konsern med en høy omsetning tilsier at det bør reageres med et betydelig overtredelsesgebyr for at det skal være merkbart for Vygruppen og dermed ha den tilsiktede preventive effekten.
- (86) Overtredelsen ble begått da meldingen ble levert inn 3. mars 2019.⁴³ Overtredelsen medførte at Konkurransetilsynet baserte seg på et uriktig eller ufullstendig faktum frem til tilsynet, etter forespørsel, mottok ytterligere opplysninger fra Vygruppen i e-post 3. april 2019, jf. punkt 3.3. Dette forhindret således tilsynet i å ha tilgang til alle relevante opplysninger i vurderingen av transaksjonen den første måneden av saksbehandlingen. Tilsynet legger imidlertid til grunn at tidsaspektet hensyntas under vurderingen av overtredelsens grovhet, og dermed er ikke varigheten tillagt selvstendig vekt i utmålingen av gebyret i denne konkrete saken.
- (87) Plikten til å gi riktige og fullstendige opplysninger til Konkurransetilsynet er grunnleggende for at Konkurransetilsynet skal kunne være i stand til å håndheve konkurranseloven, herunder drive effektiv kontroll av foretakssammenslutninger. De uriktige eller ufullstendige opplysningene i saken er gitt i selve meldingen om foretakssammenslutning, som er en essensiell kilde til informasjon, og utgjør startpunktet for tilsynets saksbehandling. Det er spesielt viktig at tilsynet kan stole på riktigheten og fullstendigheten av de opplysningene som gis i saker om foretakssammenslutninger, særlig fra partene, da det i slike saker foreligger korte lovpålagte frister for saksbehandlingen. Plikten til å gi riktige og fullstendige opplysninger er en løpende forpliktelse, og eventuelle materielle endringer i faktum som melder har kjennskap til, eller burde ha kjennskap til, må derfor kommuniseres til tilsynet uten forsinkelser.⁴⁴ Den potensielle skaden i slike tilfeller er stor, og en slik overtredelse vil være egnet til å hindre en effektiv kontroll av foretakssammenslutninger. Allmennpreventive hensyn gjør seg derfor sterkt gjeldende, og følgelig ser tilsynet generelt alvorlig på denne type overtredelser.⁴⁵ Konkurransetilsynet er av den oppfatning at inngivelse av uriktige eller ufullstendige opplysninger i melding om foretakssammenslutning etter sin art er en grov overtredelse.
- (88) De uriktige eller ufullstendige opplysningene var relevante for Konkurransetilsynets vurdering av innsatsfaktorutestengelse, og gjaldt således forhold som stod sentralt i tilsynets vurdering av de konkurransemessige virkningene av transaksjonen jf. avsnitt (46). Fremstillingen i meldingen fra Vygruppen dannet grunnlaget og utgangspunktet for tilsynets undersøkelse av foretakssammenslutningen. De uriktige eller ufullstendige opplysningene fikk betydning for hvor tilsynet la hovedvekten i sin undersøkelse den første måneden av saksbehandlingen, og i den forbindelse tilsynets vurdering og prioritering av hypotesen om innsatsfaktorutestengelse. Opplysningene som ble gitt i meldingen medførte at tilsynet i denne perioden feilaktig la til grunn at Vygruppen ikke ville kunne komme i posisjon til å kontrollere billettfordelingen og tilgangen til Flåmsbanen, jf. avsnitt (41).
- (89) All den tid Vygruppen ikke opplyste Konkurransetilsynet om persontransportavtalen og at oppsigelse var varslet og senere inngitt, fikk ikke tilsynet kjennskap til relevante opplysninger som aktualiserte en nærmere vurdering av innsatsfaktorutestengelse og ga grunn til å utrede dette nærmere. De uriktige eller ufullstendige opplysningene skapte således en risiko for at viktige aspekter ved saken, som er relevante ut fra et konkurransemessig ståsted, ikke ble nærmere undersøkt eller analysert av tilsynet. Opplysningen om persontransportavtalen og varselet om oppsigelse var derfor viktig for tilsynets vurdering av om Vygruppen hadde mulighet til å nekte konkurrenter tilgang til Flåmsbanen.
- (90) Ettersom Flåm gjorde Konkurransetilsynet oppmerksom på de uriktige eller ufullstendige opplysningene før saksbehandlingen av foretakssammenslutningen var avsluttet, førte ikke

⁴² <https://www.vy.no/vygruppen/regnskap>

⁴³ Sml. M.8436 *General Electric Company/LM Wind Power Holding* (8. april 2019), avsnitt 207, og M.8228 *Facebook/Whatsapp* (17. mai 2017), avsnitt 101.

⁴⁴ Sml. M.3255, *Tetra Laval/Sidel* (7. juli 2004), avsnitt 90.

⁴⁵ M. 3255, *Tetra Laval/Sidel* (7. juli 2004), avsnitt 108, og M.8228, *Facebook/Whatsapp* (17. mai 2017), avsnitt 97.

overtredelsen til at tilsynet fattet en endelig avgjørelse basert på uriktige eller ufullstendige opplysninger. De uriktige eller ufullstendige opplysningene gjaldt videre ikke forhold som fikk avgjørende betydning for det endelige utfallet av saken, herunder tilsynets vurderingen av innsatsfaktorutestengelse. Overtredelsen synes dermed ikke å ha hatt negative konsekvenser for konkurransen. Hva gjelder overtredelsens potensielle skade, samt konsekvensene overtredelsen fikk for tilsynets saksbehandling, vises det til avsnitt (87) til (89).

- (91) Vygruppen anfører at overtredelsen ligger i nedre sjikt hva grovhet angår, og at overtredelsens fravær av faktisk innvirkning på markedet må vektlegges i formildende retning.
- (92) Konkurransetilsynet viser til at overtredelsens faktiske innvirkning på markedet skal særlig hensyntas ved vurderingen av overtredelsens grovhet, jf. avsnitt (79). Overtredelsen i denne saken fikk betydning for Konkurransetilsynets vurdering av om Vygruppen hadde mulighet til å nekte konkurrenter av NSB Fjord1 Reiseliv AS/FjordTour AS tilgang til Flåmsbanen, men fikk ikke konsekvenser for det endelige utfallet av saken. De uriktige eller ufullstendige opplysningene har således ikke hatt negative konsekvenser for konkurransen. Etter tilsynets vurdering fratar ikke overtredelsens manglende faktisk innvirkning på markedet i denne saken, dens karakter av å være en grov overtredelse, jf. avsnitt (88) og (89). Dersom overtredelsen hadde hatt en slik innvirkning, ville tilsynet vurdert overtredelsen til å være enda grovere. Tilsynet har i utmålingen tatt hensyn til at overtredelsen ikke fikk konsekvenser for det endelige utfallet av saken.⁴⁶
- (93) Det skal ved vurdering av overtredelsens grovhet også særlig tas hensyn til "*utvist skyld*", jf. forskrift om overtredelsesgebyr § 3 annet ledd bokstav d. Konkurransetilsynet viser til vurderingen som er gjort under punkt 4.2 der tilsynet finner det bevist med klar sannsynlighetsovervekt at Vygruppen har handlet uaktsomt. Videre er tilsynet av den oppfatning at det foreligger konkrete omstendigheter som tilsier at den utviste uaktsomheten er grov, jf. punkt 4.2. Vygruppen har som tidligere nevnt anført at overtredelsen i høyden kan betegnes som uaktsom, jf. avsnitt (59), og at graden av skyld derfor må tillegges vekt i formildende retning sammenlignet med forsettlig overtredelser.
- (94) Konkurransetilsynet viser til at det innenfor uaktsomhet er flere skyldgrader, fra grenseområdet nedad mot den straffri handling til grenseområdet oppover mot forsett.⁴⁷ De nedre grader av uaktsomhet vil derfor bli bedømt mildere enn uaktsomhet på grensen til forsett.⁴⁸ Tilsynet legger til grunn at overtredelsens grovhet i noen grad reduseres av at det ikke foreligger en forsettlig overtredelse fra Vygruppens side. Samtidig mener tilsynet at det er utvist grov uaktsomhet i dette tilfellet, og følgelig har dette momentet mindre betydning i vurderingen av overtredelsens grovhet.
- (95) Konkurransetilsynet kan ikke se at det foreligger formildende omstendigheter i saken.
- (96) Konkurransetilsynet er ikke enig i Vygruppens anførsel om at den varslede boten er vesentlig for høy, og at overtredelsens grovhet ikke legitimerer det varslede bøtenivået sammenlignet med tilsynets tidligere praksis.
- (97) Konkurransetilsynet bemerker at tilsynet har en betydelig skjønnsfrihet ved bøteutmålingen, som nevnt over i avsnitt (80). Tidligere saker danner ikke en bindende skranke for utmålingen av gebyr for å ha gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger, jf. avsnitt (82) og (83). Tilsynet skal til enhver tid ha mulighet til å tilpasse bøtenivået for at konkurransereglene skal kunne gjennomføres effektivt, hensyntatt det konkrete saksforhold. Foretak kan dermed ikke ha berettigede forventninger om at bestemte typer overtredelser sanksjoneres på et gitt nivå, jf. avsnitt (81). Ved bøteutmålingen har Konkurransetilsynet sett hen til bøteutmålingen i

⁴⁶ Kommisjonens avgjørelse 10. juni 2009, COMP/M.4994, *Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône*, IP/09/985, opprettholdt av førsteinstansdomstolen i dom 12. desember 2012 i sak T-332/09 *Electrabel mot Kommisjonen*, premiss 246-247. Anken ble forkastet i EU-domstolens dom 3. juli 2014 C-84/13 P *Electrabel mot Kommisjonen*.

⁴⁷ Johs.Andenæs "Alminnelig strafferett", 4. utgave, side 418.

⁴⁸ Dette fremgikk av merknaden til den tidligere utmålingsforskriften § 3 annet ledd (forskrift 2005-08-22 nr. 909) som ble avløst av gjeldende utmålingsforskrift. Ordlyden er imidlertid uendret på dette punktet ("utvist skyld").

tidligere saker. Selv om gebyret i absolutte tall er større enn hva som typisk er ilagt i tidligere saker, anser tilsynet at gebyret ikke er for høyt sett hen til den prosentmessige andelen det utgjør av Vygruppens omsetning.

- (98) Konkurransetilsynet er av den oppfatning at overtredelsens grovhet er forholdsmessig gjenspeilet i botens størrelse. Tilsynet viser videre til at Vygruppens omsetning er høy og at dette er vektlagt i utmålingen. Det er imidlertid ikke lagt urimelig stor vekt på dette momentet, relativt til andre momenter.
- (99) Konkurransetilsynet har kommet til at både individualpreventive og allmennpreventive hensyn gjør seg sterkt gjeldende og at gebyret bør være av en slik størrelsesorden at det gir den tilsiktede preventive effekten.
- (100) Gebyret vil ikke overstige maksimalgrensen på 1 prosent av foretakets omsetning for 2018, jf. forskrift om overtredelsesgebyr § 2 første ledd bokstav e.

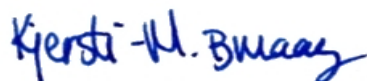
7 Vedtak

- (101) På bakgrunn av det ovenstående og i medhold av konkurranseloven § 29 første ledd bokstav d jf. meldepliktforordningen § 1 fjerde ledd, har Konkurransetilsynet fattet vedtak med følgende slutning:

Vygruppen AS ilegges et overtredelsesgebyr på kroner 7 500 000 – syv millioner og femhundretusen - for å ha gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger til Konkurransetilsynet.

- (102) Det følger av konkurranseloven § 29 tredje ledd annet punktum at overtredelsesgebyret forfaller til betaling to måneder etter at vedtaket er mottatt. Overtredelsesgebyret vil bli fakturert av Statens Innkrevingsentral på vegne av Konkurransetilsynet. Vedtak om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg, jf. konkurranseloven § 29 tredje ledd tredje punktum. Fristen for å klage på vedtak om overtredelsesgebyr etter § 29 første ledd er seks måneder fra partene mottok vedtaket, jf. konkurranseloven § 39 første ledd. Dersom foretaket klager til Konkurransklagenemnda eller går til søksmål mot staten for å prøve vedtaket, suspenderes tvangskraften.
- (103) Søksmål om Konkurransetilsynets vedtak kan ikke reises med mindre adgangen til å klage til Konkurransklagenemnda er benyttet. Søksmål kan likevel reises når det er gått seks måneder fra klage første gang ble fremsatt og det ikke skyldes forsømmelse fra klagerens side at klageinstansens vedtak eller avgjørelse ikke foreligger, jf. konkurranseloven § 39 annet ledd.

Med hilsen



for Elisabeth Steckmest (e.f.)
fungerende avdelingsdirektør

Mottaker
Wikborg Rein & Co

Postadresse
Postboks 1513 Vika

Poststed
0117 OSLO
Norge

Kontakt/e-post
Preben Milde
Thorbjørnsen
pmt@wr.no

Kopi til:
Wikborg Rein & Co

Postboks 1513 Vika

0117 OSLO
Norge

Mads Magnussen
mma@wr.no