



Adresseinformasjon fylles inn ved ekspedering.
Se mottakerliste nedenfor.

Deres ref.:

Vår ref.: 2019/0037-12

Saksbehandler: Beate Milford Berrefjord
Saksansvarlig: Magnus Gabrielsen

Dato: 27.08.2020

Vedtak V2020-25 - Norgesgruppen ASA - konkurranseloven § 29 - ileggelse av overtredelsesgebyr - brudd på opplysningsplikten

1 Innledning

- (1) Konkurransetilsynet viser til varsel om ileggelse av overtredelsesgebyr 10. juli 2019 (heretter "varselet"), og Norgesgruppen ASA (heretter "Norgesgruppen") sine merknader til varslet inngitt 15. november 2019 (heretter "tilsvaret"), samt øvrig kontakt og korrespondanse i saken.
- (2) Konkurransetilsynet har kommet til at Norgesgruppen har brutt opplysningsplikten og opptrådt i strid med konkurranseloven § 24 ved å ikke opplyse om ervervet av Sædalssvingene 3 Eiendom AS (heretter "Sædalssvingene 3") innen fristen som følger av pålegg om å gi opplysninger 14. desember 2016 (heretter "pålegget"). Pålegget ble gitt med hjemmel i konkurranseloven § 24.
- (3) Konkurransetilsynet har i medhold av konkurranseloven § 29, jf. konkurranseloven § 24, besluttet å ilegge Norgesgruppen et overtredelsesgebyr på 20 000 000 kroner.

2 Sakens bakgrunn

2.1 Nærmere om opplysningsplikten

- (4) Konkurransetilsynet har med hjemmel i konkurranseloven § 24 pålagt Norgesgruppen opplysningsplikt for foretakssammenslutninger i det norske dagligvaremarkedet. Opplysningsplikten gjelder foretakssammenslutninger som Norgesgruppen, eller foretak som Norgesgruppen kontrollerer, er involvert i, og som ikke er meldepliktige etter konkurranseloven § 18 annet ledd. Pålegget ble gitt for at Konkurransetilsynet skal kunne vurdere om det er aktuelt å pålegge meldeplikt etter konkurranseloven § 18 tredje ledd.
- (5) Opplysningsplikten har vært løpende siden 1. januar 2014. Pålegget ble første gang gitt i brev 13. desember 2013, og har siden blitt forlenget ved brev hhv. 14. desember 2016, 23. mars 2018 og 30. april 2020. Det er informasjonspålegget av 14. desember 2016 som var gjeldende da Norgesgruppen ervervet Sædalssvingene 3. Det nevnes for ordens skyld at pålegget i 2016 ble utvidet til å omfatte erverv i alle ledd i verdikjeden for dagligvarer.
- (6) Det følger av pålegget 14. desember 2016 at opplysningsplikten omfatter "*samtlige foretakssammenslutninger der Norgesgruppen, eller foretak som Norgesgruppen kontrollerer,*

varig overtar kontroll over eller fusjonerer med, ett eller flere andre foretak som opererer på ett eller flere av leddene i verdikjeden for dagligvarer, jf. konkurranseloven § 17."

- (7) Opplysningsplikten innebærer at Norgesgruppen skal *"inngi en beskrivelse av foretakssammenslutningen, herunder skal det som et minimum angis hvem som er parter og tidspunktet for gjennomføring av foretakssammenslutningen."*
- (8) Bakgrunnen for Konkurransetilsynets beslutning om å pålegge Norgesgruppen opplysningsplikt for foretakssammenslutninger under terskelverdiene, jf. konkurranseloven § 18 annet ledd, var at tilsynet over de senere år hadde observert økt konsentrasjon på flere ledd i verdikjeden i det norske dagligvaremarkedet. I begrunnelsen står det blant annet:
- "Den geografiske utstrekningen til produktmarkeder i dagligvarebransjen er som utgangspunkt lokal, og det er Konkurransetilsynets vurdering at lokale markeder kan være preget av høy konsentrasjon. Dette medfører at en foretakssammenslutning som innebærer fusjon eller oppkjøp av et utsalgssted, vil kunne påvirke konkurransen i det lokale markedet. Videre vil oppkjøp av enkeltbutikker kunne medføre en styrket markedsrett nasjonalt.*
- På bakgrunn av omsetningsverdiene til de enkelte utsalgsstedene i dagligvarebransjen vil foretakssammenslutninger i lokale markeder normalt ikke være meldepliktige etter konkurranseloven § 18 første og annet ledd. For at Konkurransetilsynet skal kunne føre en effektiv kontroll med konkurransen i markedet, har tilsynet ansett det som nødvendig å pålegge Norgesgruppen opplysningsplikt for foretakssammenslutninger som unntas meldeplikt etter konkurranseloven § 18 annet ledd.*
- Videre kan vertikal integrasjon føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen."*
- (9) Det følger av pålegget at Norgesgruppen *"plikter å opplyse om foretakssammenslutningen så snart som mulig og senest innen 3 virkedager etter at endelig avtale er inngått eller kontroll ervervet."* Fristen løper fra det først inntrufne tidspunktet.

2.2 Nærmere om saksbehandlingen

- (10) Konkurransetilsynet mottok 17. april 2018 e-post fra Norgesgruppen der det ble opplyst at NG Eiendom Vest hadde kjøpt Sædalssvingene 3. Det fremgår videre av e-posten at Norgesgruppen anså ervervet som en ren eiendomstransaksjon som ikke var omfattet av opplysningsplikten:
- "Etter NorgesGruppens syn er det ingen grunn til at rene eiendomstransaksjoner, som vi her står overfor og hvor det er mer enn 20 år til NorgesGruppen eventuelt kan overta dagligvarevirksomheten, skal omfattes av Konkurransetilsynets informasjonspålegg. NorgesGruppen overtar rett og slett ikke dagligvarevirksomhet eller virksomhet som står i et vertikalt forhold til NorgesGruppens dagligvarevirksomhet. Ettersom denne typen eiendomstransaksjoner ikke kan få noen betydning for konkurransesituasjonen i verdikjeden for dagligvarer i overskuelig fremtid, antar vi at Konkurransetilsynet ikke ønsker informasjon om slike eiendomstransaksjoner."*
- (11) Norgesgruppen la imidlertid til at foretaket anså pålegget som noe uklart og bad om tilsynets tilbakemelding på om ervervet var omfattet av opplysningsplikten.
- "Norgesgruppen vurderer imidlertid informasjonspålegget som noe uklart på dette punktet og ønsker Konkurransetilsynets tilbakemelding på om tilsynet vil at slike transaksjoner skal omfattes av opplysningsplikten."*
- (12) Konkurransetilsynet kontaktet Norgesgruppen per telefon 20. april 2020 og opplyste om at ervervet av Sædalssvingene 3 var omfattet av opplysningsplikten.
- (13) I e-post fra Konkurransetilsynet 26. april 2018 ble Norgesgruppen informert om at opplysningene i e-posten 17. april 2018 ikke oppfylte kravene i pålegget om opplysningsplikt da det verken var redegjort for tidspunkt for avtaleinngåelsen eller når kontroll ble ervervet.
- (14) Norgesgruppen opplyste i e-post 27. april 2018 at endelig avtale mellom Norgesgruppen og Sædalssvingene 3 ble inngått 16. januar 2018 og at kontroll ble ervervet 1. mars 2018.

- (15) I en ny e-post 2. mai 2018 opplyste Norgesgruppen at lengden på Coops leieavtale var feil beskrevet i e-posten av 17. april 2018 og at det korrekte var at Coops hovedleieperiode utløp 15. november 2018 med en opsjon for Coop til å forlenge leieavtalen med fem år av gangen: *"lengden på Coops leieavtale er feil beskrevet i vedlagte melding. Coops "hovedleieperiode" utløper 15. november 2018. Coop har opsjon på forlengelse av leieforholdet med 5 år av gangen. Første opsjon er nå benyttet, dvs. at Coops leieforhold er forlenget til 15. november 2023."*
- (16) Det ble i e-posten 2. mai 2018 ikke opplyst om dato for når Coop benyttet seg av opsjonen. Norgesgruppen har senere opplyst at opsjonen først ble benyttet 24. april 2018.¹
- (17) Konkurransetilsynet tok 19. desember 2018 kontakt med Norgesgruppen per telefon for å orientere om at tilsynet vurderte å sende varsel om overtredelsesgebyr for brudd på opplysningsplikten. Norgesgruppen ba etter dette om et møte med Konkurransetilsynet.
- (18) Det ble avholdt møte i sakens anledning 10. januar 2019. I møtet holdt Norgesgruppen en presentasjon der foretaket redegjorde for sin oppfatning om at ervervet av Sædalssvingene 3 ikke var omfattet av opplysningsplikten og at det således ikke forelå grunnlag for å varsle om overtredelsesgebyr. Norgesgruppen gjentok redegjørelsen for sitt syn på saken i brev 17. januar 2019.
- (19) Konkurransetilsynet sendte 10. juli 2019 varsel om ileggelse av overtredelsesgebyr.
- (20) Norgesgruppen kom med merknader til varselet 15. november 2019, og presenterte sine anførsler i møte med Konkurransetilsynet 20. januar 2020. Norgesgruppen informerte etter møtet om at de ønsket å klargjøre enkelte anførsler ytterligere, og gjorde dette i brev 19. februar 2020. Som vedlegg til brevet fulgte et notat fra Oslo Economics.

2.3 Sakens faktiske forhold

- (21) NG Eiendom Vest AS, som er et datterselskap i Norgesgruppenkonsernet, kjøpte 16. januar 2016 Sædalssvingene 3. Sædalssvingene 3 er en eiendom som består av et dagligvarebutikklokale med tilhørende parkeringsplass. Eiendommen var på ervervstidspunktet utleid til Coop Norge AS (heretter "Coop") som overtok leien av lokalet i forbindelse med Coops erverv av ICA Norge AS i 2015.²
- (22) Sædalssvingene 3 er én av 58 tidligere ICA-eiendommer som ble ervervet av Union Real Estate Fund II (heretter "UREF II") fra ICA Eiendom Norges AS (heretter "ICA Eiendom") 1. desember 2016.
- (23) Konkurransetilsynet tok i desember 2016 kontakt med UREF II, representert ved advokatfirma BAHR, på bakgrunn av tips om at Norgesgruppen hadde ervervet ICAs tidligere butikklokaler gjennom UREF II. I den forbindelse fikk tilsynet opplyst at Norgesgruppens morselskap, Joh Johansson Handel AS, var investor i fondet med en eierandel på 19 prosent.³ På det nåværende tidspunkt er det Joh Johansson Eiendom AS som står oppført med en eierandel på 16 prosent i fondet.⁴

¹ Brev fra Norgesgruppen til Konkurransetilsynet 17. januar 2019. Brevet om tiltredelse av opsjon inntatt som bilag 6 til tilsvaret er datert 25. april, men Norgesgruppen viser i sitt svar til brev datert 24. april, se bilag 7 til tilsvaret.

² Det er Coops datterselskap Norsk Butikkdrift AS som står som leietaker.

³ Se Vedlegg 1.

⁴ <https://www.proff.no/roller/union-real-estate-fund-ii-as/oslo/finans/IF5GLDC0RSY/>

⁵ Se Vedlegg 2.

⁶ Tilsynet ble i forbindelse med saksbehandlingen også opplyst om at

- (24) Da Sædalssvingene 3 ble lagt ut for salg ønsket også Coop å kjøpe eiendommen, men ble hindret av Norgesgruppens forkjøpsrett.

2.4 Norgesgruppens merknader til varselet

- (25) I det følgende gis en kort redegjørelse for Norgesgruppens merknader til varselet. Merknadene i tilsvaret sammenfaller i stor grad med de innspill som fremgår av brev fra Norgesgruppen 17. januar 2019 og 7. februar 2020. Anførlene behandles for øvrig løpende i vedtaket.
- (26) Norgesgruppen gjør prinsipielt gjeldende at ervervet av Sædalssvingene 3 ikke er omfattet av opplysningsplikten, og at det objektive vilkåret for ileggelse av overtredelsesgebyr følgelig ikke er oppfylt.
- (27) Norgesgruppen anfører at ervervet ikke er omfattet av opplysningsplikten fordi det ikke skjer en overtakelse av dagligvarevirksomheten i lokalene. Norgesgruppen viser i denne forbindelse til at det må legges til grunn at Coop hadde en leiekontrakt som først utløp i 2038 og at ervervet derfor må anses som en ren eiendomstransaksjon som ikke er omfattet av pålegget. Norgesgruppen begrunner sin oppfatning med at det er den markedsutviklingen som fremsto som mest sannsynlig for Norgesgruppen på ervervstidspunktet som skal legges til grunn ved vurderingen av om ervervet er omfattet av opplysningsplikten, og videre at det mest sannsynlige var at Norgesgruppen først ville få kontroll over dagligvarevirksomheten når Coops ensidige rett til å forlenge leiekontrakten utløp i 2038. Basert på dette utgangspunktet legger Norgesgruppen til grunn at ervervet er en ren eiendomstransaksjon som ikke er omfattet av opplysningsplikten.
- (28) Norgesgruppen anfører videre at det uansett ikke er ervervet av Sædalssvingene 3 som vil danne grunnlag for at en eventuell senere overtakelse av driften i lokalene, [redacted] og at [redacted] det derfor mangler en nødvendig årsakssammenheng mellom ervervet og overtakelse av kontroll over dagligvarevirksomheten.
- (29) Forutsatt at ervervet var omfattet av en naturlig språklig forståelse av ordlyden i pålegget viser Norgesgruppen til at vilkårene for å pålegge melding etter § 18 tredje ledd uansett ikke var til stede, og at dette må få betydning for tolkningen av pålegget fordi det ikke er noen grunn til at Konkurransetilsynet skal få opplysninger om foretakssammenslutninger tilsynet ikke kan gå videre med. Norgesgruppen anfører følgelig at ervervet uansett ikke kan være omfattet av opplysningsplikten fordi manglende opplysning om ervervet ikke hadde noen betydning for Konkurransetilsynets mulighet for å pålegge melding.⁷
- (30) For det tilfelle at Konkurransetilsynet finner at det objektive vilkåret er oppfylt, anfører Norgesgruppen at det ikke er bevist med klar sannsynlighetsovervekt at foretaket har opptrådt forsettlig eller uaktsomt og at det subjektive vilkåret for ileggelse av overtredelsesgebyr således ikke er oppfylt. Dersom ervervet var omfattet anfører Norgesgruppen at foretaket må anses å ha vært i unnskyldelig villfarelse på grunn av påleggets uklare innhold, tilsynets manglende veiledning, transaksjonens karakter og dens avledede tilknytning til dagligvarevirksomheten.⁸
- (31) Subsidiært anfører Norgesgruppen at overtredelsesgebyret må reduseres betydelig. Norgesgruppen anfører at Konkurransetilsynets tidligere praksis danner en skranke for tilsynets skjønnsutøvelse ved utmålingen av gebyret, og at det ikke foreligger relevante forhold i det konkrete saksforholdet eller endringer i rettsutviklingen som berettiger et så høyt gebyrnivå som tilsynet varsler. Norgesgruppen peker videre på at brudd på opplysningsplikten og brudd på gjennomføringsforbudet har ulikt tak for maksimalt gebyr, og følgelig er det lovgivers implisitte vilje at det å bryte opplysningsplikten er en mindre alvorlig overtredelse enn brudd på gjennomføringsforbudet. Brudd på opplysningsplikten kan således ikke sanksjoneres like strengt eller strengere enn slike overtredelser. Tilsynets skjønnsutøvelse er

⁷ Tilsvaret avsnitt 124.

⁸ Tilsvaret punkt 132.

ifølge Norgesgruppen mangelfull og vektleggingen av flere av momentene er direkte i strid med tidligere praksis og konkret faktum.⁹

- (32) Ifølge Norgesgruppen kan ikke overtredelsen karakteriseres som grov og overtredelsen ligger i nedre sjikt hva alvorlighet angår.¹⁰ Det skjerper ifølge Norgesgruppen ikke overtredelsens grovhet at Norgesgruppen meldte fra etter at tremånedersfirsten i konkurranseloven § 18 tredje ledd var utløpt, da denne oversittelsen oppgis å skyldes en tilfeldighet.¹¹
- (33) For øvrig gjør Norgesgruppen gjeldende at det reageres på at verken møtet 10. januar 2019 eller brevet sendt 17. januar 2019 nevnes i varslet. I brevet ble det ifølge Norgesgruppen fremsatt en rekke tungtveiende faktiske og rettslige argument, uten at tilsynet har vurdert disse i varselet. Dette fører til at det i varslet er en rekke faktiske feil, at det er uholdbart juridisk og at det fremsettes flere anklager mot Norgesgruppen som det ikke er grunnlag for.¹²
- (34) Ifølge Norgesgruppen er en av de mest alvorlige feilene at Konkurransetilsynet hevder at Norgesgruppen i forbindelse med UREF II sitt erverv av ICA Eiendom muntlig ble opplyst om at opplysningsplikten omfatter butikklokaler som er utleid til dagligvarevirksomhet. Verken Norgesgruppen, Norgesgruppens advokater eller tilknyttede selskaper har mottatt slik informasjon. Det er ifølge Norgesgruppen en vesentlig forskjell mellom Joh Johansson Eiendom AS og Norgesgruppen ASA.¹³

3 Konkurransetilsynets vurdering av prosessuelle anførsler

- (35) Norgesgruppen anfører at Konkurransetilsynets saksbehandling er preget av flere feil som er egnet til å påvirke tilsynets foreløpige og endelige materielle vurderinger i saken.
- (36) Norgesgruppen anfører for det første at Konkurransetilsynet ikke drøfter Norgesgruppens anførsler fremsatt i brev 19. februar 2019 i varselet og at det etterlater et inntrykk av at tilsynet har vært forutinntatt i saken og at saksbehandlingen ikke har vært forsvarlig.¹⁴
- (37) Konkurransetilsynet viser til at det ulovfestede kravet til forsvarlig saksbehandling stiller krav til at en part gis rett til kontradiksjon og til at forvaltningsavgjørelser treffes på grunnlag av forsvarlig utredning av sakens omstendigheter.
- (38) I anledning saken har Norgesgruppen forut for Konkurransetilsynets varsel og på eget initiativ fremlagt informasjon for tilsynet både i møte 10. januar 2019 og i brev 17. januar 2019. Denne informasjonen har blitt grundig gjennomgått og danner grunnlaget for tilsynets faktiske og rettslige vurderinger og konklusjoner slik de fremkommer i varselet. Det vises i denne sammenheng til varselet kapittel 3 og 4. Det er således tilsynets vurdering at hensynet til partenes rett til kontradiksjon og kravet til forsvarlig utredning av sakens omstendigheter er tilstrekkelig ivarettatt ved tilsynets saksbehandling, og at kravet til forsvarlig saksbehandling er oppfylt.
- (39) Norgesgruppen anfører videre at Konkurransetilsynet har lagt til grunn feil faktum når det i varselet legges til grunn at Norgesgruppen har blitt muntlig opplyst om at opplysningsplikten omfatter erverv av lokaler som er utleid til dagligvaredrift i forbindelse med UREF II sitt erverv av ICA Eiendom og Norgesgruppens inngåelse av avtaler med UREF II. Uten dette momentet anfører Norgesgruppen at en sentral del av Konkurransetilsynets begrunnelse for at det foreligger et brudd på opplysningsplikten bortfaller.¹⁵
- (40) Konkurransetilsynet viser til at UREF II ikke ble pålagt meldeplikt for sitt erverv av de 58 butikklokalene fra ICA Eiendom ved årsskiftet 2016/2017

⁹ Tilsvaret kapittel 9.

¹⁰ Tilsvaret avsnitt 162.

¹¹ Tilsvaret avsnitt 170.

¹² Tilsvaret avsnitt 4.

¹³ Tilsvaret avsnitt 58.

¹⁴ Tilsvaret avsnitt 50.

¹⁵ Tilsvaret avsnitt 64.

Det var tilsynets vurdering at erverv av eiendommene ville fanges opp av opplysningsplikten dersom de ble aktualisert og at tilsynet på den måten ville bli informert om faktiske overdragelser av ICAs tidligere butikklokaler til Norgesgruppen. Tilsynet formidlet dette til UREF II ved advokatfirmaet BA-HR. Bakgrunnen for at det ikke ble formidlet direkte til Norgesgruppen var at tilsynet fikk opplyst at henvendelser i sakens anledning kunne rettes til advokatfirma BA-HR.¹⁶

- (41) Hvorvidt informasjonen ble videreformidlet eller ikke er imidlertid ikke av betydning for vurderingen av om det foreligger et forsettlig brudd på opplysningsplikten og spørsmålet vil derfor ikke kommenteres ytterligere her.
- (42) Konkurransetilsynet er på denne bakgrunn av den oppfatning at partenes prosessuelle anførsler vedrørende feil og mangler ved tilsynets saksbehandling ikke kan føre frem. Disse anførselene blir ikke ytterligere berørt i fortsettelsen.

4 Overtredelse av konkurranseloven § 24 første ledd

4.1 Innledning

- (43) Konkurranseloven § 29 første ledd bokstav c oppstiller både objektive og subjektive vilkår for illeggelse av overtredelsesgebyr. Konkurransetilsynet vil nedenfor i punkt 4.3 vurdere hvorvidt det objektivt sett foreligger en overtredelse av konkurranseloven § 24. Dernest vil tilsynet behandle skyldkravet i punkt 5, beviskravet i punkt 6 og utmålingen av overtredelsesgebyr i punkt 7.

4.2 Rettslig utgangspunkt

- (44) Det følger av konkurranseloven § 24 at enhver plikter å gi konkurransemyndighetene de opplysninger som disse myndighetene krever for å kunne utføre sine gjøremål etter loven. Det fremgår av bestemmelsen at opplysningene kan kreves gitt skriftlig og innen en fastsatt frist.
- (45) Som redegjort for under punkt 2.1 har Konkurransetilsynet med hjemmel i konkurranseloven § 24 pålagt Norgesgruppen å opplyse om foretakssammenslutninger der Norgesgruppen, eller foretak Norgesgruppen kontrollerer, varig overtar kontroll over eller fusjonerer med ett eller flere foretak som opererer på ett eller flere ledd i verdikjeden for dagligvarer, og som ikke er meldepliktige etter konkurranseloven § 18 annet ledd. Opplysningene skal gis så snart som mulig og senest innen 3 virkedager etter at avtale er inngått eller kontroll ervervet.¹⁷

4.3 Konkurransetilsynets vurdering

- (46) Norgesgruppen har ikke opplyst om ervervet av Sædalssvingene 3 innen den fristen som følger av pålegget om opplysningsplikt.
- (47) Norgesgruppen anfører at ervervet av Sædalssvingene 3 er et rent eiendomserverv og at slike erverv ikke er omfattet av opplysningsplikten med mindre ervervet medfører overtakelse av kontroll over dagligvarevirksomheten som drives i lokalene innen relativt kort tid. Norgesgruppen viser til at det i denne saken må legges til grunn at Coop hadde en leiekontrakt som først utløp i 2038 og at ervervet derfor må anses som en ren eiendomstransaksjon som ikke er omfattet av pålegget.
- (48) Konkurransetilsynet legger til grunn at vurderingen av om et erverv utløser opplysningsplikt må ta utgangspunkt i den faktiske situasjonen som foreligger på ervervstidspunktet. På ervervstidspunktet 16. januar 2018 var den faktiske situasjonen at Coops leiekontrakt utløp 15. november 2018 og at Coop ikke hadde benyttet opsjonen til å forlenge leieavtalen. Dersom Coop ikke hadde benyttet opsjonsretten til å forlenge leieavtalen med ytterligere fem år ville Norgesgruppen overtatt butikkdriften 15. november 2018. Konkurransetilsynet finner at Norgesgruppen ved vurderingen av om ervervet utløste opplysningsplikt ikke kunne legge til grunn at opsjonen ville bli benyttet så lenge dette ikke var avklart. Opsjonsretten ble først benyttet 24. april 2018.

¹⁶ Se Vedlegg 5.

¹⁷ Pålegget avsnitt 10.

- (49) Norgesgruppen anfører imidlertid at det er den markedsutviklingen som fremsto som mest sannsynlig for Norgesgruppen på ervervstidspunktet som skal legges til grunn ved vurderingen av om ervervet er omfattet av opplysningsplikten, og videre at det mest sannsynlige var at Norgesgruppen først ville få kontroll over dagligvarevirksomheten når Coops ensidige rett til å forlenge leiekontrakten utløp i 2038. Basert på dette utgangspunktet legger Norgesgruppen til grunn at ervervet er en ren eiendomstransaksjon som ikke er omfattet av opplysningsplikten.¹⁸
- (50) Konkurransetilsynet viser til at et foretaks forventninger eller antagelser om etterfølgende omstendigheter, selv om de viser seg å være berettigede, ikke kan danne grunnlag for vurderingen av om det foreligger opplysningsplikt. Det er den faktiske situasjonen på ervervstidspunktet som avgjør om ervervet er underlagt opplysningsplikt.
- (51) Hvilken markedsutvikling Konkurransetilsynet ville lagt til grunn som mest sannsynlig ved en eventuell vurdering av ervervet etter konkurranseloven § 16 er også uten betydning for spørsmålet om ervervet utløste opplysningsplikt.
- (52) Dersom Norgesgruppes anførsel om at det er foretakets egen vurdering av den mest sannsynlige utviklingen i markedet som skal danne grunnlag for om ervervet er omfattet av opplysningsplikten skulle føre frem kunne Konkurransetilsynet risikere å ikke få kjennskap til potensielt skadelige transaksjoner. Aktørene ville med dette kunnet forskuttere de vurderingene som Konkurransetilsynet er gitt myndighet til å foreta etter konkurranseloven § 16, og opplysningsplikten ville blitt illusorisk.
- (53) Norgesgruppes anførsel om at det er Norgesgruppes vurdering av den mest sannsynlige utviklingen i markedet som skal danne grunnlag for om det foreligger opplysningsplikt for ervervet kan ikke føre frem. Konkurransetilsynet finner det derfor ikke nødvendig i vurderingen av om det objektive vilkåret er oppfylt, å gå nærmere inn på de omstendigheter som ifølge Norgesgruppen berettiger deres oppfatning av at det var mest sannsynlig at Coop ville benytte sin opsjon til å forlenge leieavtalen.
- (54) Konkurransetilsynet finner likevel grunn til å legge til at Norgesgruppen ikke har underbygget påstanden om at det på ervervstidspunktet fremsto som mest sannsynlig for Norgesgruppen at Coop ville forlenge leiekontrakten. Det at Coop ønsket å kjøpe lokalene gir etter tilsynets vurdering ikke grunnlag for å trekke den slutning at de ville ønske å forlenge leiekontrakten i en ny situasjon der deres største konkurrent er utleier av lokalene.
- (55) Norgesgruppen anfører at dersom det for vurderingen av om ervervet er omfattet av opplysningsplikten legges til grunn at leieavtalen med Coop hadde en varighet frem til 15. november 2018, vil ervervet uansett ikke være omfattet av opplysningsplikten fordi det ikke er årsakssammenheng mellom ervervet og den etterfølgende kontrollen over butikklokalene ved leieavtalens utløp, fordi kontrollen over lokalene ville følge av opptrinnsavtalens bestemmelser om fortrinnsrett til leie og ikke av ervervet.¹⁹
- (56) Heller ikke denne anførselen kan etter Konkurransetilsynets oppfatning føre frem. Det kan etter Konkurransetilsynets vurdering ikke utelukkes at Coops vurderinger knyttet til om de ville benytte opsjonen til å forlenge leieavtalen kunne ha blitt påvirket av Norgesgruppes erverv, slik at det etter Konkurransetilsynets vurdering ville vært vanskelig å konkludere på om det var ervervet eller fortrinnsretten til leie som hadde vært årsak til at Norgesgruppen fikk tilgang til butikklokalene.
- (57) Konkurransetilsynet vurderer det følgelig slik at ervervet av Sædalssvingene 3 er omfattet av opplysningsplikten. Konkurransetilsynet mottok først opplysninger om ervervet 17. april 2018, det vil si tre måneder og en dag etter at endelig avtale var inngått. Dette innebar ikke bare et objektivt brudd på fristen i pålegget om opplysningsplikt, men fratok også tilsynet

¹⁸ Se tilsvaret avsnitt 75 og 77.

¹⁹ Brev 19. februar 2020, kapittel 4.

kompetansen til å pålegge melding etter konkurranseloven § 18 tredje ledd. Muligheten til å pålegge melding for erverv under meldepliktersklene er som nevnt over bakgrunnen for pålegget om opplysningsplikt.

- (58) Konkurransetilsynet legger etter dette til grunn at det er bevist med klar sannsynlighetsovervekt at det foreligger en objektiv overtredelse av opplysningsplikten i henhold til pålegget 14. desember 2016.
- (59) Uavhengig av når Norgesgruppen overtar butikkdriften, er det Konkurransetilsynets vurdering at ervervet av Sædalssvingene 3 uansett er en foretakssammenslutning i verdikjeden for dagligvarer og derfor omfattet av opplysningsplikten.
- (60) Norgesgruppen anfører at opplysningsplikten ikke omfatter rene erverv av eiendom eller eiendomsselskap og at det for at et eiendomserverv skal omfattes må kreves at ervervet medfører overtakelse av kontroll over dagligvarevirksomheten som drives i lokalene innen relativt kort tid. Norgesgruppen begrunner anførselen med at utleie av næringsseiendom ikke utgjør et av leddene i verdikjeden for dagligvarer.²⁰
- (61) Det følger av ordlyden i pålegget at opplysningsplikten omfatter samtlige foretakssammenslutninger som innebærer varig overtakelse av kontroll eller fusjon med *"ett eller flere andre foretak som opererer på ett eller flere av leddene i verdikjeden for dagligvarer"*.
- (62) Konkurransetilsynet vurderer det slik at et foretak som driver utleie av eiendom som benyttes til dagligvarevirksomhet med tilhørende infrastruktur som butikklokaler og parkeringsplass opererer på ett av leddene i verdikjeden for dagligvare. Konkurransetilsynet viser til at 90 prosent av det samlede salget av dagligvarer i Norge skjer fra fysiske butikker og at tilgang til butikklokaler utgjør en nødvendig innsatsfaktor i verdikjeden for dagligvare. Tilsynet viser videre til at tilgangen til egnede butikklokaler er begrenset og utgjør en viktig etableringshindring i markedet for salg av dagligvarer.
- (63) Dette bekreftes ved at både dagligvarekjedene selv og andre ved flere anledninger har gitt uttrykk for at erverv av butikklokaler er en del av verdikjeden for dagligvarer og at tilgang til butikklokaler er avgjørende både for å kunne etablere seg²¹ og vokse i dagligvaremarkedet.²²
- (64) Fra Oslo Economics rapport *"Etableringshindringer i dagligvaremarkedet"* publisert 29. september 2017 hitsettes *"Å fremskaffe eiendommer til butikkdrift er en del av verdikjeden. Eiendomsvirksomheten til kjedene arbeider langsiktig med å fremskaffe egnede butikklokaler"*.²³ I figur 4-12 i rapporten er eiendomsvirksomhet lagt inn som leddet mellom grossistvirksomhet og butikkvirksomhet.
- (65) Fra boken *"Mot bedre vitende i norsk matsektor"* skrevet av Frode Steen og Ivar Pettersen (red) og utgitt i mars 2020 hitsettes.²⁴

"Dagligvarekjedene har i mer enn ti år gitt konkurransemyndighetene innsyn i sine kjøpskontrakter, og de må også informere om eiendomstransaksjoner. Dette skyldes at konkurransemyndighetene er redde for strategisk tilpasning i markedet for egnede butikklokasjoner. Kontroll med godt plasserte næringsseiendommer og butikklokasjoner kan være avgjørende for evnen til å ta og forsvare markedsandeler lokalt. Det er naturlig å definere eierskap til butikklokaler som vertikal integrasjon mellom grossist eller detaljistkjede og en underleverandørsektor, og konkurranseloven pålegger myndighetene å påse at denne formen for vertikal integrasjon ikke har konkurransebegrensende effekt. ... All den tid konkurransemyndighetene allerede fortløpende oppdateres med informasjon rundt

²⁰ Tilsvaret kapittel 7.2.

²¹ Se vedlegg 6.

²² Konkurransen i Norge s.118, Oslo Economics Rapport "Etableringshindringer i dagligvaresektoren" utarbeidet på oppdrag fra Nærings- og fiskeridepartementet kap.5.5., Konkurransetilsynet vedtak V2014-3, avsnitt 107, Konkurransetilsynets vedtak V2015-24, avsnitt 185.

²³ Se Oslo Economics Rapport "Etableringshindringer i dagligvaresektoren" punkt 4.6 innledningsvis. Rapporten er utarbeidet på oppdrag fra Nærings- og fiskeridepartementet.

²⁴ <https://www.cappelendammundervisning.no/mot-bedre-vitende-i-norsk-matsektor-9788202669751>

eiendomsdisponeringer, ligger forholdene til rette for mer aktiv kontroll når det kommer til denne delen av dagligvaremarkedet."

- (66) I etterkant av at Konkurransetilsynet viste til ovennevnte rapport fra Oslo Economics i møtet med Norgesgruppen 20. januar 2020, ga Norgesgruppen Oslo Economics i oppdrag å *"redegjøre nærmere for hvorvidt næringsseiendom er en del av verdikjeden for dagligvarer og i hvilken utstrekning rapporten om etableringshindringer sier noe om dette."*
- (67) Oslo Economics skriver i notat 19 februar 2020 at aktivitet som tar sikte på å fremskaffe eiendom til dagligvarevirksomhet vil være en del av en relevant "value chain" tilnærming, men ikke i en "supply chain" tilnærming og at rapporten fra 2017 ikke bør leses som at handelseiendom er et selvstendig ledd i verdikjeden slik begrepet verdikjede normalt tolkes. Oslo Economics begrunner dette videre med at *"[s]elv om tilgang til eiendom kan være viktig for å drive dagligvarevirksomhet, betyr dette på ingen måte at enhver eiendom det drives dagligvarehandel i, eventuelt enhver huseier som leier ut til dagligvarekjedene, kan betraktes som en relevant del av dagligvaremarkedet eller den relevante verdikjeden. Dette underbygges ved at antallet eiendommer som er aktuelle for drift av dagligvarehandel, eller kan bli det, er betydelig flere enn antallet eiendommer som det faktisk driftes dagligvarebutikker i. Utviklingen går også i retning av at eiendom, egnet for dagligvaredrift, blir et stadig mindre knapt gode. Dette skyldes både at nye eiendommer oppføres og utviklingen i retning av færre butikker som driver generell detaljhandel fra fysiske butikker."*
- (68) Oslo Economics har imidlertid ikke dokumentert vurderingene nærmere og vurderingene står i motstrid både til det Oslo Economics selv opplyser til departementet i ovennevnte rapport fra 2017,²⁵ regjeringens uttalelser på området,²⁶ signaler som kommer fra bransjen selv,²⁷ ovennevnte uttalelser fra Frode Steen og Ivar Pettersen, og det som fremkommer av Konkurransetilsynets egne undersøkelser.²⁸
- (69) Konkurransetilsynet finner derfor ikke grunn til å tillegge vurderingene i notatet vekt ved vurderingen av om eiendom som benyttes til dagligvarevirksomhet med tilhørende infrastruktur som butikklokaler og parkeringsplass utgjør et av leddene i næringskjeden for dagligvarer.
- (70) Norgesgruppen anfører at pålegget i lys av formålet må tolkes slik at det bare er erverv som fører til umiddelbare strukturendringer på detaljistleddet som er omfattet av opplysningspålegget. Konkurransetilsynet viser i denne forbindelse til at det fremgår av ordlyden i pålegget at pålegget gjelder for foretakssammenslutninger som fører til økt konsentrasjon på alle ledd i næringskjeden for dagligvare, og at det følgelig ikke bare er foretakssammenslutninger som fører til en umiddelbar konsentrasjonsøkning på detaljistleddet som omfattes. Konkurransetilsynet viser videre til at det fremkommer av pålegget at bakgrunnen for tilsynets beslutning om å utvide pålegget til å omfatte erverv av foretak i alle ledd i næringskjeden for dagligvare, var at tilsynet over de senere år forut for pålegget av 2016 hadde observert økt konsentrasjon på flere ledd i verdikjeden i det norske dagligvaremarkedet. Dette underbygger at pålegget var gitt for at tilsynet skulle kunne følge med på konsentrasjonsøkninger på alle ledd i næringskjeden og følgelig også på konsentrasjonsøkninger på eiersiden til eiendommer som benyttes til dagligvarebutikkdrift. Norgesgruppens anførsel om at pålegget i lys av formålet må tolkes slik at det bare er erverv som fører til umiddelbare strukturendringer på detaljistleddet som er omfattet av pålegget kan derfor ikke føre frem.
- (71) Det er etter dette Konkurransetilsynets vurdering at ervervet av Sædalssvingene 3 er omfattet av opplysningsplikten uavhengig av om ervervet innebar en overtakelse av butikkdriften.
- (72) Norgesgruppen anfører subsidiært at selv om det skulle legges til grunn at ervervet er omfattet av ordlyden i pålegget, så var vilkårene for å pålegge melding uansett ikke til stede fordi

²⁵ Se blant annet rapporten punkt 4.6.

²⁶ <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/rapport-om-etableringshindringer-i-dagligvaresektoren/id2573332/>

²⁷ , <https://www.dn.no/eiendom/dagligvaregiganter-i-eiendomskrangel-coop-frykter-de-blir-skviset-ut-av-norgesgruppen/2-1-721536>

²⁸ <https://konkurransetilsynet.no/kronikk-en-seier-for-lokal-dagligvarekonkurranse/>

ervert etter Norgesgruppen egen vurdering ikke ville påvirke konkurransen. Denne konklusjonen fra Norgesgruppens side legges deretter til grunn som et argument for at ervert ikke var omfattet av opplysningsplikten fordi det ikke er noen grunn til at Konkurransetilsynet skal få opplysninger om foretakssammenslutninger som det er klart at tilsynet ikke vil gå videre med.²⁹

- (73) Den subsidiære anførselen kan ikke føre frem. Opplysningsplikten er ikke en meldeplikt, men en plikt til å opplyse om ervert i verdikjeden for dagligvarer. Basert på opplysningene vil Konkurransetilsynet vurdere om det er grunn til å pålegge meldeplikt for ervert. Denne vurderingen er det Konkurransetilsynet som er gitt myndighet til å foreta, jf. konkurranseloven § 18 tredje ledd. Det er under ingen omstendighet en vurdering Norgesgruppen har myndighet til å forskuttere og deretter bruke som argument for å unnlate å oppfylle opplysningsplikten.
- (74) Etter Konkurransetilsynets vurdering er det bevist med klar sannsynlighetsovervekt at ervert av Sædalssvingene 3 er omfattet av opplysningsplikten uavhengig av om ervert innebar en overtakelse av butikkdriften og at Norgesgruppen har brutt opplysningsplikten når Konkurransetilsynet ikke ble opplyst om ervert innen påleggets frist.

5 Skyldkravet

- (75) Det fremgår av konkurranseloven § 29 første ledd at overtredelsen må være forsettlig eller uaktsom for at overtredelsesgebyr skal kunne ilegges.
- (76) Høyesterett har lagt til grunn at skyldkravet i konkurranseloven § 29 skal forstås på samme måte som i strafferetten.³⁰
- (77) Det foreligger en forsettlig overtredelse av konkurranseloven § 24, dersom foretaket eller noen som handlet på foretakets vegne, var klar over de faktiske forhold som begrunner en overtredelse eller holdt de faktiske forholdene for mest sannsynlige. Kravet om forsett er også oppfylt dersom foretaket eller noen som handlet på foretakets vegne holdt de faktiske forholdene for mulig, og valgte å handle selv om det skulle være tilfellet. Ved vurderingen av forsett vil Konkurransetilsynet kunne trekke slutninger fra de ytre omstendighetene, med "*anvendelse av vanlig sunn fornuft og allment aksepterte erfaringssetninger*".³¹
- (78) En uaktsom overtredelse foreligger dersom foretaket eller noen som handlet på foretakets vegne, burde ha vært klar over de faktiske forhold som begrunner en overtredelse av konkurranseloven § 24.

5.1 Konkurransetilsynets vurdering

- (79) Konkurransetilsynet har kommet til at ervert av Sædalssvingene 3 er omfattet av opplysningspålegget og at Norgesgruppen har unnlatt å opplyse om dette ervert innen den fristen som følger av pålegget 14. desember 2016, jf. punkt 4.3.
- (80) Konkurransetilsynet finner det bevist med klar sannsynlighetsovervekt at Norgesgruppen, eller noen som handlet på Norgesgruppens vegne, i den faktiske situasjonen som forelå på ervertstidspunktet, der situasjonen var den at Coop's leiekontrakt utløp ti måneder senere og Coop ikke hadde benyttet sin opsjon til å forlenge leiekontrakten, og det følgelig forelå en mulighet for at Norgesgruppen kunne overta dagligvarevirksomheten i butikklokalene relativt kort tid etter ervert, forsettlig unnlott å etterkomme pålegget etter konkurranseloven § 24.
- (81) Norgesgruppen var godt kjent med ordlyden i pålegget om opplysningsplikt og var på ervertstidspunktet klar over at Coop's hovedleieperiode utløp ti måneder etter ervert og at Coop på dette tidspunktet ikke hadde gjort gjeldende opsjonen på å forlenge leieperioden med fem nye år. Norgesgruppen var videre klar over at opplysningspålegget også omfatter ervert av butikklokaler som er utleid til en annen dagligvareaktør i de tilfellene der leiekontrakten utløper relativt kort tid etter ervert. Sistnevnte underbygges av Norgesgruppens inngivelse av opplysninger om ervert av Oppsalstubben, der Norgesgruppen kjøpte et butikklokale som

²⁹ Tilsvaret punkt 7.2.4.

³⁰ Rt. 2012 s.1556 (*Brosaken*), avsnitt 66.

³¹ Rt. 2012 s. 1556 (*Brosaken*) avsnitt 67 og Rt. 1974 side 382 (*Lillehammersaken*) side 385.

var utleid til Coop og leieavtalen først utløp 2 år og 8 måneder etter Norgesgruppens erverv av lokalet.³²

- (82) Norgesgruppen anfører imidlertid at foretaket ikke var klar over at ervervet utløste opplysningsplikt fordi Norgesgruppen er av den oppfatning at foretak ved vurderingen av om erverv utløser opplysningsplikt kan legge til grunn den markedsutviklingen som fremsto som mest sannsynlig for foretaket på ervervstidspunktet, og videre at det mest sannsynlige på dette tidspunktet var at Norgesgruppen først ville få kontroll over dagligvarevirksomheten når Coops ensidige rett til å forlenge leiekontrakten utløp i 2038. Denne anførselen kan ikke føre frem. Norgesgruppens vurdering beror på en rettsvillfarelse, jf. avsnitt 50 til 53, som ikke kan anses unnskyldelig. Norgesgruppen var følgelig klar over, eller i det minste holdt for mest sannsynlig, de faktiske forholdene som begrunner at det foreligger en overtredelse av opplysningsplikten. Norgesgruppen har dermed opptrådt forsettlig.
- (83) Konkurransetilsynet legger etter dette til grunn at det er bevist med klar sannsynlighetsovervekt at de subjektive vilkårene for ileggelse av overtredelsesgebyr er oppfylt.
- (84) Konkurransetilsynet finner det under enhver omstendighet også bevist med klar sannsynlighetsovervekt at de subjektive vilkårene er oppfylt dersom det legges til grunn at Coops opsjonsavtale innebærer at leieavtalen hadde en varighet på 20 år frem i tid.
- (85) Konkurransetilsynet har kommet til at ervervet av Sædalssvingene 3 er omfattet av opplysningsplikten og at dette gjelder uavhengig av om det skjer en overtakelse av driften i butikklokalet, jf. punkt 4.3.
- (86) Norgesgruppen er kjent med ordlyden i pålegget og er således kjent med at opplysningsplikten omfatter erverv av foretak som opererer på ett eller flere av de ulike leddene i verdikjeden for dagligvarer, og at bakgrunnen for pålegget er at Konkurransetilsynet er bekymret for konsentrasjonsøkninger på flere ledd i verdikjeden for dagligvarer. Følgelig er Norgesgruppen kjent med at pålegget er gitt for at Konkurransetilsynet skal kunne følge med på konsentrasjonsøkninger på alle ledd i verdikjeden for dagligvarer, ikke bare på detaljistleddet.
- (87) Norgesgruppen redegjør i merknadene for at foretaket ikke var kjent med at butikklokaler utgjør et av leddene i næringskjeden for dagligvarer. Norgesgruppen anfører at dersom ervervet av Sædalssvingene 3 objektivt sett er omfattet av pålegget, var Norgesgruppen i så fall i unnskyldelig villfarelse om dette på grunn av påleggets uklare innhold, tilsynets manglende veiledning, transaksjonens karakter og dens avledede tilknytning til dagligvarevirksomheten.³³
- (88) Som gjennomgått i punkt 4.3 vurderer Konkurransetilsynet det slik at eiendom som benyttes til dagligvarevirksomhet med tilhørende infrastruktur, som butikklokaler og parkeringsplasser utgjør et av leddene i næringskjeden for dagligvarer. Denne vurderingen underbygges av at både dagligvarekjedene selv og andre ved flere anledninger har gitt uttrykk for at erverv av butikklokaler er en del av verdikjeden for dagligvarer og at tilgang til egnede eiendommer er et sentralt konkurranseparameter og en betydelig etableringshindring i dagligvaremarkedet.
- (89) Konkurransetilsynet kan derfor ikke se at ordlyden i pålegget er uklar eller at et erverv av butikklokaler kun har en avledet tilknytning til dagligvaremarkedet.
- (90) Konkurransetilsynet er heller ikke enig i at tilsynet ikke har vært villige til å veilede Norgesgruppen om innholdet i opplysningsplikten.
- (91) I og med at Norgesgruppens anførsel knytter seg til at foretaket ikke var kjent med at opplysningsplikten omfattet erverv av butikklokaler uten overtakelse av butikkdriften og slike erverv først ble omfattet av opplysningsplikten etter endringen av pålegget i 2016, finner ikke Konkurransetilsynet grunn til å gå nærmere inn hvilken veiledning som ble gitt i 2013.
- (92) I forbindelse med forlengelse og utvidelse av opplysningsplikten 14. desember 2016 tok Norgesgruppen kontakt Konkurransetilsynet. I epost 19. desember 2016 skrev Norgesgruppen

³² Konkurransetilsynets sak 2018/0158.

³³ Se tilsvaret punkt 132.

blant annet at foretaket forsto pålegget dit hen at det omfatter erverv av dagligvarebutikker, dagligvarekjeder, dagligvaregrossister og produsenter av dagligvarer. Konkurransetilsynet svarte per epost 20. desember 2016 at pålegget omfatter samtlige foretakssammenslutninger i verdikjeden for dagligvarer, men at tilsynet utover det ikke kunne angi en uttømmende liste for hvilke foretakssammenslutninger som er omfattet. Det ble imidlertid presisert at plikten ikke kunne anses avgrenset til de erverv som var nevnt i eposten 19. desember 2016. Videre ble Norgesgruppen anbefalt å ta kontakt med Konkurransetilsynet ved tvil i konkrete tilfeller.

- (93) Norgesgruppen er en stor og profesjonell aktør med god kjennskap til konkurransereglene generelt og innholdet i og bakgrunnen for opplysningspålegget spesielt. Når Norgesgruppen i denne situasjonen unnlater å følge Konkurransetilsynets anbefaling om å ta kontakt i tvilstilfeller, fratar det den villfarelsen Norgesgruppen hevder å ha vært i karakteren av å være aktsom. Norgesgruppens anførsel om at foretaket har forsøkt å opptre lojalt og derfor har befunnet seg i unnskyldelig villfarelse kan ikke føre frem. Det minnes i denne forbindelse om at opplysningsplikten må anses som lite byrdefull da den kun innebærer at det angis hvem som er parter og tidspunktet for gjennomføring av foretakssammenslutningen.
- (94) Konkurransetilsynet finner også grunn til å vise til at Norgesgruppen selv tok kontakt med tilsynet og opplyste om ervervet av Sædalssvingene 3 17. april 2018 og at dette i det minste må innebære at foretaket under enhver omstendighet holdt det for mulig at ervervet var omfattet av pålegget.
- (95) Konkurransetilsynet legger det etter dette til grunn at det er bevist med klar sannsynlighetsovervekt at Norgesgruppen eller noen som handlet på Norgesgruppens vegne i det minste holdt de faktiske forholdene som begrunner at ervervet er omfattet av opplysningsplikten for mulig og likevel valgte å unnlate å opplyse om ervervet innen fristen. Konkurransetilsynet er på denne bakgrunn av den oppfatning at det foreligger en forsettlig overtredelse av konkurranseloven § 24. Konkurransetilsynet legger under enhver omstendighet til grunn at det foreligger en uaktsom overtredelse.
- (96) Konkurransetilsynet legger etter dette til grunn at de subjektive vilkårene for ileggelse av overtredelsesgebyr er oppfylt.

6 Overtredelsesgebyr

6.1 Rettslig utgangspunkt

- (97) Etter konkurranseloven § 29 første ledd bokstav c 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 unnlater å etterkomme pålegg etter konkurranseloven § 24.

6.2 Beviskrav

- (98) Det fremgår ikke direkte av konkurranseloven hvilket beviskrav som gjelder ved ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29.
- (99) 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.³⁴
- (100) Konkurransetilsynets vurdering er at det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for de faktiske omstendigheter som ligger til grunn for ileggelse av overtredelsesgebyr for unnlattelse av å opplyse om erverv i henhold til pålegget, jf. redegjørelsen ovenfor i kapittel 4 og 5.

³⁴ Rt. 2012 s. 1556 (Brosaken), avsnitt 60.

7 Utmåling av overtredelsesgebyr

7.1 Rettslig utgangspunkt

- (101) Etter konkurranseloven § 29 annet ledd annet punktum skal det ved fastsettelsen av gebyrets størrelse blant annet legges særlig vekt på foretakets omsetning, og overtredelsens grovhet og varighet.
- (102) 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.
- (103) Nærmere regler om utmåling av overtredelsesgebyr er gitt i forskrift av 11. desember 2013 nr. 1465 om utmåling og lemping av overtredelsesgebyr (heretter "utmålingsforskriften").
- (104) Ved forsettlig eller uaktsom unnlattelse av å etterkomme pålegg etter konkurranseloven § 24 kan Konkurransetilsynet ilegge et overtredelsesgebyr på inntil 1 prosent av foretakets omsetning, jf. utmålingsforskriften § 2 første ledd bokstav d. Foretakets omsetning er den samlede salgsinntekt for det siste regnskapsåret, jf. § 2 tredje ledd.
- (105) 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 forskriften § 2 knyttet til morselskapets samlede salgsinntekt.
- (106) 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, dens 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 forskriften § 3 sjette ledd blant annet være om foretaket fortsetter med overtredelsen eller på ny begår den samme eller tilsvarende overtredelse, om foretaket ved retningslinjer, instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak kunne 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.
- (107) Konkurransetilsynet har en betydelig skjønnsfrihet til å sikre at gebyrnivået fører til en effektiv håndheving av konkurransereglene ut fra individualpreventive og allmennpreventive hensyn.³⁶ Overtredelsesgebyrene som utmåles må være markerte og følbare for å oppnå tilstrekkelig preventiv virkning.³⁷
- (108) 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 foretaket ikke kan ha berettigede forventninger om at bestemte typer overtredelser vil sanksjoneres med overtredelsesgebyr på et gitt nivå.³⁸
- (109) Konkurransetilsynet legger til grunn at det ikke foreligger en etablert utmålingspraksis fra tilsynet knyttet til overtredelser av opplysningsplikten. Tilsynet står derfor i utgangspunktet fritt i sin skjønnsutøvelse, innenfor maksimalgrensen på en prosent og under hensyntagen til de øvrige utmålingsmomentene som følger av utmålingsforskriften, til å utmåle et

³⁵ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 241. Se også Rt. 2012 s. 1556 (Brosaken), avsnitt 74, samt avsnitt 77 og 80 til 82 81.

³⁶ Jf. Kunngjøring fra EFTA's overvåkingsorgan, Retningslinjer om metoden for fastsettelse av bøter ilagt i henhold til overvåkings- og domstolavtalen 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.

³⁷ Rt. 2012, side 1556 (Brosaken), avsnitt 88.

³⁸ 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 Konkurranselagenemdas vedtak 2019/34 *Telenor AS/Telenor ASA*, avsnitt 541.

overtredelsesgebyr i denne konkrete saken som i tilstrekkelig grad ivaretar hensynet til individual- og allmennprevensjon.

- (110) Saker om brudd på opplysningsplikten har som nevnt et øvre tak på én prosent av foretakets omsetning, mens saker om brudd på gjennomføringsforbudet etter konkurranseloven § 19 har et øvre tak på ti prosent av foretakets omsetning, jf. utmålingsforskriften § 2 første og annet ledd. Selv om overtredelse av konkurranseloven § 29 første ledd bokstav c og § 19 har ulikt tak for maksimalt gebyr, er det etter Konkurransetilsynet vurdering mange av de samme hensynene som begrunner disse forbudene. Både det å ikke etterkomme tilsynets pålegg om opplysningsplikt om erverv under meldepliktersklene og brudd på gjennomføringsforbudet kan potensielt gjøre stor skade på konkurransen, og hindre tilsynet i å drive en effektiv kontroll med foretakssammenslutninger og strukturendringer i markedet. 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 c kan ligge på.

7.2 Konkret vurdering

- (111) Konkurransetilsynet er kommet til at Norgesgruppen må sanksjoneres med overtredelsesgebyr, jf. konkurranseloven § 29 første ledd.
- (112) Ved fastsettelsen av overtredelsesgebyrets størrelse legger Konkurransetilsynet til grunn Norgesgruppens konsernomsetning for regnskapsåret 2018 som utgjorde 87,8 milliarder kroner.³⁹ At Norgesgruppen er et konsern med svært høy omsetning tilsier at det reageres med et betydelig overtredelsesgebyr for at det skal være merkbart for Norgesgruppen og derfor ha den tilsiktede preventive effekt.
- (113) Opplysningsplikten innebærer at Konkurransetilsynet kan vurdere om det er aktuelt å pålegge meldeplikt etter konkurranseloven § 18 tredje ledd for foretakssammenslutninger som ellers ikke er meldepliktige etter konkurranseloven § 18 annet ledd. Opplysningsplikten gir også tilsynet oversikt over strukturendringer som i et konkret tilfelle ikke nødvendigvis utgjør en problematisk transaksjon, men som kan tilsi strukturendringer i markedet som tilsynet må være oppmerksom på, og som kan nå et slikt omfang at inngrep kan bli aktuelt. Opplysningsplikten er derfor en viktig del av tilsynets kontroll med konsentrasjons- og strukturendringer i det norske dagligvaremarkedet. Viktigheten er understreket av at opplysningsplikten i mars 2016 ble utvidet fra å bare gjelde Norgesgruppen til å gjelde for samtlige dagligvarekjeder som ledd i regjeringens innsats for å bedre konkurransen i dagligvaremarkedet. Det følger av dette at opplysningsplikten er ansett som viktig for tilsynets overvåking av konkurransesituasjonen i det norske dagligvaremarkedet, og at den potensielle skaden ved at plikten ikke overholdes anses som stor. Allmennpreventive hensyn gjør seg derfor sterkt gjeldende, og følgelig ser tilsynet generelt alvorlig på denne typen overtredelser. Konkurransetilsynet er av den oppfatning at overtredelse av plikten til å opplyse om foretakssammenslutninger under meldepliktersklene etter sin art er en grov overtredelse av konkurranseloven § 24.
- (114) For at overtredelsesgebyr for brudd på plikten til å opplyse om foretakssammenslutninger som ikke er meldepliktige skal ha tilstrekkelig preventiv effekt og bidra til at Konkurransetilsynet kan føre en effektiv kontroll med konsentrasjonen i dagligvaremarkedet, må gebyret etter tilsynets vurdering settes høyt. Konkurransetilsynet viser til at Norgesgruppen har god kjennskap til konkurransereglene generelt og opplysningsplikten om foretakssammenslutninger i dagligvaremarkedet spesielt. Norgesgruppen har de senere årene gjennomført flere oppkjøp av både enkeltbutikker og dagligvarekjeder, og tilsynet legger til grunn at selskapet gjennom dette er meget godt kjent med regelverket og opplysningspliktens rekkevidde. Norgesgruppen er også vel kjent med at tilsynet for å kunne føre en effektiv kontroll med konsentrasjonen i dagligvaremarkedet har behov for å følge med på endringer i

³⁹

https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjug_rwh6zqAhUsw8QBHSZTDPIQFjABegQICxAD&url=https%3A%2F%2Fwww.norgesgruppen.no%2Fglobalassets%2Ffinansiell-informasjon%2Farsregnskap-2018.pdf&usq=AOvVaw110rqZ-QvIQh7HnEbIOIRW

konsentrasjonen på kort og lang sikt. Tilsynet finner derfor at individualpreventive hensyn gjør seg sterkt gjeldende og at gebyret, gitt Norgesgruppens høye omsetning, må være av en slik størrelsesorden at det ikke er grunnlag for å spekulere i hvorvidt overtredelser er lønnsomme eller ikke.⁴⁰

- (115) Det er videre av avgjørende betydning for Konkurransetilsynets utøvelse av fusjonskontroll at opplysninger om erverv gis i henhold til påleggets frist. Hensikten er at tilsynet skal ha mulighet til å pålegge melding etter konkurranseloven § 18 tredje ledd så snart som mulig slik at man unngår at partene i foretakssammenslutningen integrerer på en måte som gjør det vanskelig å reversere transaksjonen.
- (116) Konkurransetilsynet legger til grunn at det skjerper overtredelsens grovhet at Konkurransetilsynet først tre måneder og én dag etter avtaleinngåelsen ble opplyst om Norgesgruppens erverv Sædalssvingene 3. Dette innebar ikke bare at tredagersfristen i pålegget var oversittet, men også at fristen for å pålegge melding etter konkurranseloven § 18 tredje ledd var utløpt og at tilsynet således var forhindret fra å kunne pålegge melding etter bestemmelsen.
- (117) Norgesgruppen anfører at overtredelsen ligger i nedre sjikt hva grovhet angår og at fravær av faktisk innvirkning på markedet må vektlegges i formildende retning.⁴¹
- (118) Konkurransetilsynet viser til at overtredelsens faktiske innvirkning på markedet skal særlig hensyntas ved vurderingen av overtredelsens grovhet, jf. avsnitt (106). Overtredelsen i denne saken fikk betydning fordi opplysningene ble gitt etter at fristen for å pålegge melding etter konkurranseloven § 18 tredje ledd var utløpt hvilket førte til at tilsynet ble avskåret fra å kunne pålegge melding etter denne bestemmelsen. Dette gjelder selv om tilsynet legger til grunn at foretakssammenslutningen ikke har hatt negative konsekvenser for konkurransen. Etter tilsynets vurdering fratar ikke overtredelsens manglende faktiske innvirkning på markedet i denne saken dens karakter av å være en grov overtredelse. 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.⁴²
- (119) Det skal ved overtredelsens grovhet også tas hensyn til utvist skyld, jf. avsnitt (106). Det er Konkurransetilsynets vurdering at overtredelsens grovhet skjerpes av at det foreligger en forsettlig overtredelse fra Norgesgruppens side.
- (120) Konkurransetilsynet har ved vurderingen av overtredelsens grovhet vektlagt i formildende retning at Norgesgruppen på eget initiativ opplyste om ervervet.
- (121) Konkurransetilsynet er ikke enig i Norgesgruppens anførsel om at gebyret er uforholdsmessig høyt og at overtredelsens grovhet ikke legitimerer det varslede gebyrnivået sammenlignet med tilsynets tidligere praksis.
- (122) Konkurransetilsynet bemerker at tilsynet har en betydelig skjønnsfrihet ved gebyrutmålingen, som nevnt over i avsnitt (107). Tidligere saker danner ikke en bindende skranke for utmåling av gebyr for å ha brutt opplysningsplikten, jf. avsnitt (108). Tilsynet skal til enhver tid ha mulighet til å tilpasse gebyrnivået 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 (108). Ved gebyrutmålingen har Konkurransetilsynet sett hen til utmålingen i 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 Norgesgruppens omsetning.

⁴⁰ NOU 2003-12 Ny konkurranselov, punkt 6.3.4.

⁴¹ Tilsvaret punkt 163.

⁴² 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*.

- (123) Konkurransetilsynet er av den oppfatning at overtredelsens grovhet er forholdsmessig gjenspeilt i gebyrets størrelse. Tilsynet viser videre til at Norgesgruppens 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.
- (124) 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.
- (125) Gebyret vil ikke overstige maksimalgrensen på en prosent av foretakets omsetning for 2018, jf. forskrift om overtredelsesgebyr § 2 første ledd bokstav c.

8 Vedtak

- (126) På bakgrunn av det ovenstående og i medhold av konkurranseloven § 29 første ledd bokstav c, jf. konkurranseloven § 24, har Konkurransetilsynet fattet vedtak med følgende slutning:
Norgesgruppen ASA ilegges et overtredelsesgebyr på kroner 20 000 000 – tyve millioner – for brudd på opplysningsplikten.
- (127) 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 Konkurransklagenemda eller går til søksmål mot staten for å prøve vedtaket, suspenderes tvangskraften.
- (128) Søksmål om Konkurransetilsynets vedtak kan ikke reises med mindre adgangen til å klage til Konkurransklagenemda 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 klageinstansen vedtak eller avgjørelse ikke foreligger, jf. konkurranseloven § 39 annet ledd.

Med hilsen



Lars Sørگرد (e.f.)
konkurransedirektør

Vedlegg:

- 1 Vedlegg 1 Side 4 i presentasjon av eiendomsportefølje - UREF II – Konkurransetilsynet sak 2016_0529
- 2 Vedlegg 2 Avtale mellom Norgesgruppen Detalj og UREF II – Konkurransetilsynet sak 2016_0529
- 3 Vedlegg 3 Oversikt avtaler mellom Norgesgruppen og UREF I – Konkurransetilsynet sak 2016_0529
- 4 Vedlegg 4 E-post 20.12.2016 fra advokatfirma BA-HR - Konkurransetilsynets sak 2016_0529
- 5 Vedlegg 5 E-post 16.12.2016 fra advokatfirma BA-HR - Konkurransetilsynets sak 2016_0529
- 6 Vedlegg 6 Kopi av artikkel fra Nationen 29.08.2018

Mottaker
Wikborg Rein & Co

Postadresse
Postboks 1513 Vika

Poststed
0117 OSLO
Norge

Kontakt/e-post
Mads Magnussen
mma@wr.no

Kopi til:
Wikborg Rein & Co

Postboks 1513 Vika

0117 OSLO
Norge

Preben Milde
Thorbjørnsen
pmt@wr.no