



Konkurransetilsynet

Konkurransetilsynets avgjørelse V01-2021 12. februar 2021

Sak: 2020/0683

Klager: Vygruppen AS

Partsrepresentant: Wikborg Rein Advokatfirma AS v/advokat Mads Magnussen

Konkurransetilsynets medlemmer:

Karin Fløistad, Elisabeth Styrvold Wiggen og Ronny Gjendemsjø

1 Innledning

- (1) Konkurransetilsynet traff 12. mars 2020 vedtak (heretter omtalt som vedtaket) om ileggelse av overtredelsesgebyr til Vygruppen AS (heretter Vygruppen eller klager) for å ha gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger i strid med lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger ("konkurranseloven") § 29 første ledd bokstav d, jf. forskrift om melding av foretakssammenslutninger mv. § 1 fjerde ledd.¹ Konkurransetilsynet besluttet å ilegge Vygruppen et overtredelsesgebyr på 7 500 000 kroner jf. konkurranseloven § 29 første ledd bokstav d.
- (2) Konkurransetilsynet mottok 18. august 2020 klage på vedtaket. Konkurransetilsynet vurderte klagen, men konkluderte med at den ikke ga grunnlag for å endre eller oppheve vedtaket, jf. lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967 (forvaltningsloven) § 33. Klagen og sakens dokumenter ble derfor oversendt Konkurransetilsynet ved Konkurransetilsynets innstilling 8. september 2020 (heretter Konkurransetilsynets innstilling).
- (3) Vygruppen innga merknader til Konkurransetilsynets innstilling i brev til Konkurransetilsynet 21. oktober 2020.
- (4) Konkurransetilsynet avholdt planmøte i saken 4. november 2020, hvor det blant annet ble besluttet å sette av en dag til muntlig høring i saken.
- (5) Konkurransetilsynet kommenterte Vygruppens merknader 6. november 2020. Klager innga ytterligere merknader i brev 13. november 2020.

¹ FOR-2013-12-11-1466

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no

- (6) Konkurransklagenemnda avholdt muntlig høring i saken 1. desember 2020, hvor konserndirektør Synne Homble forklarte seg om samarbeidet med Flåm Utvikling, og Jostein Skaar partner i Oslo Economics forklarte seg som økonomisk ekspertvitne.
- (7) Vygruppen innga også skriftlige merknader til temaer som ble berørt i høringen i brev 7. desember 2020.
- (8) Etter forvaltningsloven § 34 annet ledd kan Konkurransklagenemnda prøve alle sider av saken. Dette betyr at nemnda kan prøve både faktum, saksbehandling, rettsanvendelse og skjønn. Etter forvaltningsloven § 34 siste ledd første punktum kan nemnda treffe nytt vedtak i saken.

2 Sakens bakgrunn

2.1 Informasjon i konkurransemeldingen og Konkurransetilsynets vedtak

- (9) Konkurransetilsynet mottok 3. mars 2019 melding om foretakssammenslutning (heretter "meldingen") fra Vygruppen og Fjord1 ASA (heretter Fjord1) om opprettelsen av fellesforetaket NSB Fjord1 Reiseliv AS (nå Fjord Tours Group AS, heretter omtalt som "Fjord Tours Group") og erverv av kontroll (74 prosent av aksjene) over Fjord Tours AS.
- (10) Ifølge meldingen eier Fjord 1 og Vygruppen 50 prosent hver av aksjene i Fjord Tours Group, med like stemmerettigheter. Som ledd i transaksjonen ble Vygruppens og Fjord1 sine eierandeler i Reiselivsselskapet Fjord Tours overført til Fjord Tours Group, og Fjord Tours Group har i dag kontroll i selskapet med en aksjeandel på 74,01 prosent. Før transaksjonen hadde Vygruppen en eierandel i Fjord Tours på 43,38 prosent, og Fjord1 med 30,63 prosent. Øvrige aksjonerer i Fjord Tours er Tide ASA med en eierandel på 15,38 prosent og ARU med en eierandel på 10,63 prosent.
- (11) Det nyopprettede selskapet Fjord Tours Group skal ifølge meldingen utvikle, markedsføre og selge reiselivsprodukter/pakkereiser i hele Norge. Reiselivsproduktene vil tilbys i markedet enten direkte av Fjord Tours Group eller gjennom datterselskaper som for eksempel Fjord Tours AS. I vedtaket har Konkurransetilsynet fremhevet enkelte utdrag fra meldingen, som tilsynet har bygget vedtaket på. De aktuelle utdragene fra meldingen gjengis i det følgende i sin helhet.
- (12) I meldingen punkt 6.4.1 som gjelder det relevante produktmarked for salg av reiser og opplevelser til reiselivsselskaper, fremgår det at:
- (13) *"For øvrig påpekes det at det er Flåm AS som er distributører 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. Etter gjennomføringen av Transaksjonen, vil NSBs (indirekte) eierandel i selskapet synke til 37 prosent. I den grad Konkurransetilsynet skulle være av den oppfatning at NSB har mulighet til å styre Flåm Utviklings markedsatferd med det formål å begrense konkurrenter av Fjord Tours tilgang til Flåmsbana, vil NSBs insentiver til å stenge konkurrenter ute reduseres som følge av Transaksjonen ettersom NSBs eiersats i Fjord Tours reduseres, og dermed også den potensielle gevinsten ved å drive slik utestenging."*

- (14) I meldingen punkt 6.4.2.2, som gjelder det geografiske markedet for tog, står det at:
- (15) *"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' pakketurvirksomhet." I tilhørende fotnote står det at "NSB selger billetter til Flåmsbana til privatpersoner gjennom nsb.no og NSB-appen."*
- (16) Om hvorfor Vygruppen ikke anser innsatsfaktorutestengelse ("Input-utestenging") som en reell skadehypotese er det i meldingen punkt 7.3.2 oppgitt at:
- (17) *"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. Flåm AS har felleskontroll over Flåm Utvikling og Flåm AS' morselskap, Aurland Ressursutvikling, har felles kontroll over The Fjords. 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."*

Konkurransetilsynets vedtak bygger på at meldingen ikke inneholder noen henvisning til en persontransportavtale mellom Vygruppen og det felleskontrollerte selskapet Flåm Utvikling AS (heretter "Flåm Utvikling" eller "FU"), og avtalens betydning for salg av billetter til Flåmsbanen, eller til den varslede oppsigelsen. Konkurransetilsynet hadde følgelig ikke kjennskap til dette. Konkurransetilsynet fikk først kjennskap til persontransportavtalen og varselet om oppsigelse ved brev fra Flåm 2. april 2019. Heller ikke da Vygruppen sa opp avtalen 2. april 2019, ble dette opplyst til tilsynet.

2.2 Persontransportavtalen og strukturen for drift av Flåmsbanen

- (18) Kjernen i Konkurransetilsynets vedtak er Vygruppens varslede oppsigelse av en persontransportavtale mellom Vygruppen og det felleskontrollerte selskapet Flåm Utvikling (heretter "persontransportavtalen"). Persontransportavtalen regulerer Vygruppens leveranse av persontransport med tog til Flåm Utvikling, og Flåm Utviklings salg av billetter på Flåmsbana. Det fremgår også av formålet med persontransportavtalen, se avtalen punkt 1.2, at avtalen skal regulere:

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

- [REDACTED]
- (20) Vygruppen varslet 1. mars 2019 at persontransportavtalen ville bli oppsagt, noe den ble 2. april 2019, med virkning fra 2. april 2020. Ifølge klager var bakgrunnen for den varslede oppsigelsen uenighet i kontraktsforhandlinger mellom Vygruppen og Aurland Ressursutvikling AS (også benevnt som "ARU") som hadde pågått siden 2018. Uenigheten skyldtes nye økonomiske rammer for driften av Flåmsbana som følge av en ny konsesjonsavtale for Flåmsbana mellom Vygruppen og Jernbanedirektoratet.
- (21) Vygruppen inngikk i mai 2017 en ny konsesjonsavtale med Jernbanedirektoratet om utførelse av persontransport med tog på Flåmsbana. Avtalen gjelder fra 1. januar 2018 og frem til ruteterminskiftet i 2027, og gir Vygruppen enerett til togtransport på Flåmsbana. I den nye konsesjonsavtalen ble det gitt nye økonomiske rammer for driften av Flåmsbana, herunder blant annet at Vygruppen ikke lenger vil bli kompensert for vintertrafikk på Flåmsbana. De nye økonomiske rammevilkårene i konsesjonsavtalen medførte ifølge klager at Vygruppen, som kjører Flåmsbana, ville gått med tap om vinteren uten støtte fra staten.
- (22) I henhold til persontransportavtalen mellom Vygruppen og Flåm Utvikling hadde Vygruppen etter det opplyste krav på et justert vederlag fra Flåm Utvikling som følge av disse endrede økonomiske rammene. [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- (25) Ettersom det var ett år fra persontransportavtalen ble varslet oppsagt 1. mars 2019, til oppsigelsen trådte i kraft, ble forhandlingene videreført etter oppsigelsestidspunktet.

- (26) Aurland Ressursutvikling AS og Vygruppen oppnådde enighet om ny persontransportavtale med justerte betingelser kort tid etter oppsigelsen. Ny persontransportavtale ble inngått mellom Flåm Utvikling og Vygruppen 29. mai 2019.

2.3 Brev fra Flåm AS til Konkurransetilsynet og svar fra klager til Konkurransetilsynet

- (27) I brev fra Flåm AS til Konkurransetilsynet 2. april 2019 påpekte Flåm AS at meldingen ikke ga fullstendige opplysninger vedrørende forholdene knyttet til Flåmsbana. Ifølge Flåm AS vil oppsigelse av persontransportavtalen føre til at Vygruppen vil "overta turistattraksjonen Flåmsbana". Ifølge Flåm AS er det dermed snarere Fjord Tours Group, enn Flåm AS, som i fremtiden vil stå for markedsføring og salg av turistattraksjonen Flåmsbana.
- (28) I e-post fra Vygruppen v/ advokat Preben Milde Thorbjørnsen til Konkurransetilsynet 3. april 2019 bekreftet Vygruppen at persontransportavtalen var sagt opp. I e-posten opplyses det at Vygruppen fra 2. april 2020 formelt ville ha mulighet til å kontrollere hvilke reiselivsselskaper som får tilgang til Flåmsbana, men at Vygruppen i praksis vil fortsette å distribuere billetter gjennom tredjepartsaktører som Entur og Tumlare:

"Som konsekvens av at avtalen nå er sagt opp, er det uklart hvordan Flåmsbana vil driftes etter 2. april 2020.

Det er derfor ikke 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. [...]

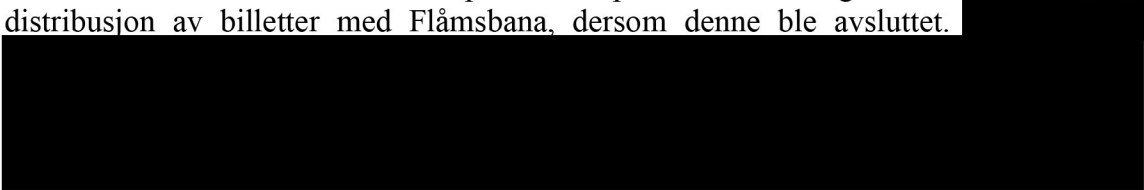
Formelt vil NSB fra 2. april 2020 ha mulighet til å kontrollere hvilke reiselivsselskaper som får tilgang til Flåmsbana. I praksis vil imidlertid NSB fortsette å distribuere billetter gjennom tredjepartsaktører som Entur og Tumlare. Reiselivsselskaper vil derfor kunne velge å kjøpe billetter gjennom Entur og Tumlare som i dag, på lik linje som hva som er tilfelle for NSBs øvrige persontogtransport.

Etter partenes syn vil ikke oppsigelsen av persontransportavtalen mellom Flåm Utvikling og NSB ha materiell betydning for vurderingen av de konkurransemessige virkningene av foretakssammenslutningen. Som for NSBs øvrige togvirksomhet vil ikke en eventuell forretningsnektelse til Flåmsbanen kunne påvirke konkurransen i nedstrømsmarkedene negativt og NSB har uansett ikke insentiver til å nekte slik tilgang."

3 Klagers og Konkurransetilsynets anførsler

3.1 Klagers hovedanførsler

- (29) Klager har i hovedsak gjort gjeldende:
- (30) Konkurransetilsynets vedtak må kjennes ugyldig. Prinsipalt anføres det at Konkurransetilsynet ikke har bevist med klar sannsynlighetsovervekt at klager har gitt «uriktige eller ufullstendige opplysninger» etter konkurranseloven § 29 første ledd bokstav d). Det er på det rene at klager ikke har gitt «uriktige» faktiske opplysninger. Klager har heller ikke gitt «ufullstendige» opplysninger ved ikke å informere Konkurransetilsynet om at klager hadde varslet oppsigelse av persontransportavtalen mellom klager og klagers felleskontrollerte selskap, Flåm Utvikling.

- (31) Nærmere bestemt vises det for det første til at klager ikke var forpliktet til å gi opplysningen om den varslede oppsigelsen i konkurransemeldingen. For at det skal foreligge en overtredelse av § 29 må de aktuelle opplysningene være av en viss betydning for avgjørelsen Konkurransetilsynet skal treffe. Konkurransetilsynet må bevise at klager hadde plikt til å gi opplysningen for at det skal kunne foreligge et brudd på § 29. Dersom den aktuelle opplysningen ikke kunne ha fått betydning i konkurranseanalysen, er det ikke snakk om en opplysning klager er forpliktet til å legge frem for Konkurransetilsynet.
- (32) For det andre var det klart mest sannsynlig at persontransportavtalen ville videreføres, og klager må derfor kunne legge dette faktumet til grunn i argumentasjonen i meldingen. At klager kunne komme i en posisjon til å styre tilgangen til Flåmsbana er et faktum som aldri har materialisert seg, fordi persontransportavtalen ble videreført på oppdaterte vilkår og Flåm Utvikling står fremdeles for distribusjon av billetter til reiselivsselskaper.
- (33) For det tredje er det uklart hva som ville vært konsekvensen av en oppsigelse av avtalen. Det kan ikke automatisk sluttet fra persontransportavtalen at klager ville overta salg og distribusjon av billetter med Flåmsbana, dersom denne ble avsluttet. 
- (34) For det fjerde hadde opplysningen om den varslede oppsigelsen ingen betydning for Konkurransetilsynets avgjørelse i saken. Skadehypotesen om input-utestengelse var uansett ikke aktuell, blant annet på grunn av partenes lave markedsandeler. Det er ikke tilstrekkelig for å konstatere brudd på opplysningsplikten i § 29 at Konkurransetilsynet har funnet at det er motstrid mellom opplysninger gitt i konkurransemeldingen 3. mars 2019 og opplysninger gitt av klager i e-post til tilsynet 3. april 2019. Det er en del faktiske forhold som ikke fremkommer godt nok av Konkurransetilsynets vedtak og som gjør at tilsynets begrunnelse i vedtaket er utilstrekkelig. Dette gjelder særlig omstendighetene rundt persontransportavtalen og konkurransemeldingens beskrivelse av Vygruppens kontroll over Flåmsbana.
- (35) Klager har ikke begått et grovt uaktsomt brudd på opplysningsplikten. Det er verken grunnlag for sterk bebreidelse av klager eller et markert avvik fra forsvarlig handlemåte, slik Konkurransetilsynet har lagt til grunn i vedtaket. I verste fall har klager oversett en opplysning som teoretisk sett kunne være relevant for en skadehypotese som ikke var aktuell i saken. At klager var «kjent med innholdet i meldingen» og godt kjent med «de faktiske forhold knyttet til varsel om oppsigelse av persontransportavtalen», er ganske selvsagt, men er ikke noe argument for at klager har handlet grovt uaktsomt. Det har heller ingen betydning at det i meldingen om foretakssammenslutning ble gjentatt at klager ikke kunne styre tilgangen til Flåmsbana.
- (36) Subsidiært, dersom Konkurransklagenemnda skulle komme til at klager har gitt ufullstendige opplysninger og at det skal ilegges overtredelsesgebyr, anføres det at overtredelsesgebyret må settes betydelig lavere enn det Konkurransetilsynet har gjort. Utmålingen av gebyret er basert på en vilkårlig vektlegging av relevante utmålingsmomenter og gebyret innebærer en usaklig forskjellsbehandling i forhold til sammenliknbare saker fra tilsynets tidligere praksis. Det kan ikke legges vekt på at EU-kommisjonen kan synes å ha økt bøtenivået for overtredelser av gjennomføringsforbudet

i enkelte saker. Klagers høye omsetning er det eneste momentet i saken som taler for et høyt gebyr. Overtredelsen kan uansett ikke anses som grov.

3.2 Konkurransetilsynets anførsler

- (37) Konkurransetilsynet har i hovedsak gjort gjeldende:
- (38) Konkurransetilsynets vedtak må opprettholdes. Det fastholdes at det er bevist med klar sannsynlighetsovervekt at klager har gitt «*uriktige eller ufullstendige opplysninger*» etter konkurranseloven § 29 første ledd bokstav d) til tilsynet i meldingen 3. mars 2019.
- (39) Det er tilstrekkelig at de uriktige eller ufullstendige opplysningene er relevante for de vurderinger Konkurransetilsynet skal foreta i forbindelse med behandlingen av den konkrete foretakssammenslutningen, for å konstatere overtredelse av konkurranseloven § 29. Verken ordlyden i § 29 første ledd bokstav d) eller rettspraksis oppstiller et krav om at de uriktige eller ufullstendige opplysningene må ha betydning for det endelige utfallet i en sak, det vises til Kommisjonens avgjørelser sakene *Facebook/Whatsapp*² og *General Electric Company/LM Wind Power Holding*.³
- (40) 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. Unnlatelsen av å opplyse om den varslede oppsigelsen medførte at fremstillingen i meldingen om at klager ikke kunne komme i en posisjon til å nekte konkurrenter tilgang til Flåmsbanens turer, ikke var i samsvar med den faktiske situasjonen på tidspunktet for inngivelse av meldingen. Dersom persontransportavtalen opphørte, ville klager formelt ha mulighet til å kontrollere hvilke reiselivsselskaper som fikk tilgang til Flåmsbanen, noe som også er bekreftet av klager i e-post til Konkurransetilsynet 3. april 2019. Meldingen ga dermed et ufullstendig bilde av de underliggende realitetene, et bilde Konkurransetilsynet la til grunn i den første måneden av saksbehandlingen.
- (41) Persontransportavtalens betydning for salg av billetter til Flåmsbanen og den varslede oppsigelsen av denne ville vært utgangspunktet for tilsynets vurdering av klagers mulighet til å nekte konkurrenter av Fjord Tours Group/Fjord Tours AS tilgang til Flåmsbanen. Både det faktum at det var varslet oppsigelse av persontransportavtalen på meldetidspunktet, og sendt en etterfølgende oppsigelse, var dermed åpenbart relevant for tilsynets behandling av foretakssammenslutningen. Hvordan tilsynet i den materielle vurderingen av innsatsfaktorutestengelse hadde beregnet partenes markedsandeler, og vurdert partenes insentiver til å utestenge konkurrenter, er dermed uten betydning for hvorvidt det objektivt sett er gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger.
- (42) Tilsvarende er det også uten betydning hvilken markedsutvikling Konkurransetilsynet skulle legge til grunn som mest sannsynlig i vurderingen av konkurranseloven § 16. Utfallet av tilsynets vurderinger etter å ha fått kjennskap til den varslede oppsigelsen, er ikke av betydning for spørsmålet om det er gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger.
- (43) Hvorvidt det er gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger kan ikke bero på en etterfølgende vurdering av hvilken betydning opplysningene har hatt for utfallet av de vurderinger tilsynet er gitt myndighet til å foreta etter konkurranseloven § 16. I et slikt

² M.8228 Facebook/Whatsapp (17. mai 2017) avsnitt 100.

³ M.8436 General Electric Company/LM Wind Power Holding(8. april 2019), avsnitt 187 og 192.

tilfelle vil plikten til å gi riktige og fullstendige opplysninger uthules, og det ville medført risiko for at tilsynet både foretar vurderinger beslutninger på bakgrunn av uriktige eller ufullstendige opplysninger.

- (44) Det er heller ikke et krav etter konkurranseloven § 29 første ledd bokstav d) at de uriktige eller ufullstendige opplysningene er lovpålagte for at bestemmelsen skal få anvendelse.
- (45) Dersom anførselen om at klager må ha anledning til å basere seg på det faktum som klager anser som mest sannsynlig skulle føre frem, vil tilsynet i realiteten måtte etterprøve enhver opplysning som gis. En slik forståelse av bestemmelsen vil føre til en uthuling av regelens formål.
- (46) Det er bevist med klar sannsynlighetsovervekt at klager, eller noen som handlet på klagers vegne, har handlet uaktsomt ved inngivelsen av de uriktige eller ufullstendige opplysningene til tilsynet. Tilsynet opprettholder også vurderingen av at uaktsomheten har vært grov.
- (47) Det utmålte gebyret i saken må opprettholdes. Overtredelsesgebyret utgjør 0,047 prosent av klagers omsetning og ligger følgelig godt under det maksimale gebyrnivået på 1 prosent av foretakets omsetning. Det fremgår videre av forarbeidene til konkurranseloven at utmålingen av overtredelsesgebyr så langt som mulig bør harmoniseres med prinsippene i EU/EØS-reglene.

4 Klagenemndas vurdering

4.1 Rettslig utgangspunkt

- (48) 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 konkurransemyndighetene jf. konkurranseloven § 8 første ledd.
- (49) At bestemmelsen også gjelder for inngivelse av meldinger om foretakssammenslutninger etter konkurranseloven § 18 er presisert i meldepliktsforskriften § 1 fjerde ledd:
- (50) *"Melder plikter å gi korrekte og fullstendige opplysninger. En melder som forsettlig eller uaktsomt gir uriktige eller ufullstendige opplysninger kan ilegges overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 første ledd bokstav d)".*
- (51) Ordlyden *"uriktige eller ufullstendige"* tilsier for det første at positivt uriktige opplysninger er omfattet. Videre tilsier ordlyden at unnlattelse av å gi opplysninger og mangelfulle opplysninger er omfattet. Opplysningene må dermed være feil, mangelfulle eller misvisende sammenlignet med de faktiske forhold. Det er ikke nødvendig å trekke en klar grense mellom uriktige og ufullstendige opplysninger, ettersom det vil være en glidende overgang mellom det ufullstendige og det uriktige. Det avgjørende er om opplysningene gir et misvisende inntrykk av de faktiske forhold.
- (52) Konkurransetilsynet har korte tidsfrister for sin saksbehandling, og er avhengig av å kunne legge til grunn at opplysningene de mottar er fullstendige og korrekte. Noe annet vil svekke fusjonskontrollen. Dette tilsier at terskelen for at noe er å anse som misvisende ikke settes for høyt. Kommisjonen har i sak M.8228 Facebook/Whatsapp uttalt i likhet

med nemndas tolkning over, til den tilsvarende regelen i Rådsforordning nr. 139/2004 om kontroll med foretakssammenslutninger, OJ L 24, side 1-22, artikkel 14 nr. 1 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".

- (53) Kommisjonen har i sin praksis også uttalt om det tilsvarende vilkåret i fusjonskontrollforordningen at opplysninger er misvisende når de *"would tend to suggest to a normal or reasonable reader that the situation is other than it is"*.⁴
- (54) Det må trekkes en grense for hva en part er forpliktet til å ta med av informasjon, uten at opplysningene kan anses som ufullstendig. Denne grensen innebærer imidlertid ikke at de aktuelle opplysningene må ha betydning for utfallet av saken. Derimot må opplysningene være relevante for den saksbehandlingen. Konkurransetilsynet skal foreta. Et krav om relevans er ikke et strengt krav. Kravet til relevans fremgår også av fortalen til Kommisjonens forordning nr. 802/2004 om gjennomførelsen av Rådsforordning 159/2004 side 1 avsnitt 5:

"It is for the notifying parties to make a full and honest disclosure to the Commission of the facts and circumstances which are relevant for taking a decision on the notified concentration."

Tilsvarende er også lagt til grunn i Kommisjonens sak M.8436 General Electric Company/LM Wind Power Holding.

- (55) Vilkåret om at det er gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger innebærer etter dette at det enten må være gitt uriktige opplysninger, eller at opplysningene er ufullstendige eller mangelfulle på en måte som gjør at informasjonen som er gitt, er misvisende eller mangelfull sammenlignet med de faktiske forhold og at opplysningen er relevant for saken.
- (56) Klager har kommet med anførsler som angår mangler ved Konkurransetilsynets vurdering av om vilkåret er oppfylt. Konkurransetilsynet vil behandle disse først.

4.2 Konkurransetilsynets utredning og opplysning av saken

- (57) Konkurransetilsynet vil først vurdere om Konkurransetilsynet har oppfylt sin plikt til å utrede og opplyse saken når det gjelder spørsmålet om det materielle vilkåret er oppfylt, slik forvaltningsloven § 17 krever.
- (58) Det følger av forvaltningsloven § 17 at Konkurransetilsynet *"skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes"*. Bestemmelsen pålegger tilsynet en utredningsplikt, og gjennom sin utredning skal tilsynet påse at saken er tilstrekkelig godt opplyst. Formuleringen om at saken skal være så godt opplyst som mulig, kan ikke tas på ordet.⁵ Omfanget av utrednings- og opplysningsplikten beror på sakens art og viktighet. Ettersom denne saken angår illegale avtaler og administrativt overtredelsesgebyr som er karakterisert

⁴ M.3255 Tetra Laval/Sidel (7. juli 2004), avsnitt 60

⁵ Se bl.a. NOU 2019: 5, s. 322.

som straff etter EMK, stilles det strenge krav til utredningsplikten og plikten til å opplyse saken.

- (59) Temaet for Konkurransetilsynets utredningsplikt følger av rettsgrunnlaget. I denne saken er spørsmålet om det er gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger. Som det fremkommer av Konkurransklagenemndas tolkning av dette vilkåret ovenfor, må en manglende opplysning både være relevant for saken og føre til at de opplysningene som er gitt blir misvisende, for at vilkåret skal være oppfylt. Utredningsplikten knytter seg dermed både til opplysningens relevans og om de opplysninger som er gitt blir misvisende.
- (60) Vedtaket om overtredelsesgebyr er basert på at Vygruppen har gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger til tilsynet i meldingen om foretakssammenslutning den 3. mars. Denne konklusjonen er basert på at det i meldingen ikke ble opplyst om persontransportavtalen og dens betydning for salg av billetter til Flåmsbana, og heller ikke om at persontransportavtalen var varslet oppsagt.⁶ Konkurransklagenemnda vil først kommentere det som fremkommer av vedtaket om faktum knyttet til den påståtte overtredelsen, herunder hvilke vurderinger Konkurransetilsynet har foretatt. Deretter vil nemnda vurdere om Konkurransetilsynet har oppfylt sin plikt til å utrede og opplyse saken.
- (61) I vedtaket vises det til at det flere steder i meldingen er opplyst om partene i foretakssammenslutningen sin manglende mulighet til å styre distribusjonen av billetter til Flåmsbana, og at Vygruppen ikke kan komme i en posisjon hvor de kan nekte konkurrenter tilgang til Flåmsbana.⁷ Deretter vises det til opplysninger gitt i e-post fra Wikborg Rein 3. april 2019 og brev fra Wikborg Rein 16. mai 2019, om at persontransportavtalen var varslet sagt opp på meldetidspunktet og faktisk ble sagt opp 2. april 2019.⁸ Her vises det også til opplysninger om at Vygruppen ville kunne komme i en posisjon til å nekte konkurrenter tilgang til Flåmsbana.⁹ Det konstateres deretter at det er motstrid mellom opplysningene i meldingen og opplysninger gitt i e-posten 3. april 2019.¹⁰
- (62) Videre vises det i vedtaket til at Konkurransetilsynet på grunn av de manglende opplysningene ikke hadde kunnskap om disse forholdene før 2. april, omtrent en måned etter tidspunktet for meldingen. Det påpekes senere i vedtaket at dette medførte at Konkurransetilsynet ikke fikk kjennskap til relevante opplysninger som aktualiserte vurderingen om sannsynlig markedsutvikling.¹¹ Fremstillingen i meldingen var dermed ikke i samsvar med den faktiske situasjonen, ifølge vedtaket.¹²
- (63) Opplysningenes relevans for Konkurransetilsynets vurdering av foretakssammenslutningen berøres i vedtakets avsnitt 45 og 46. I vedtakets avsnitt 46 pekes det på at foretakssammenslutningen utelukkende reiste vertikale problemstillinger, og at en av de aktuelle skadehypotesene var om de involverte foretakene etter foretakssammenslutningen ville velge å kun selge sine transporttjenester til NSB Fjord 1

⁶ Vedtaket, særlig avsnittene 39 og 47.

⁷ Vedtaket avsnittene 30 til 33.

⁸ Vedtaket avsnittene 34 til 36.

⁹ Vedtaket avsnittene 35, 36 og 37.

¹⁰ Vedtaket avsnitt 38.

¹¹ Vedtaket avsnitt 42.

¹² Vedtaket avsnitt 44.

Reiseliv og Fjord Tours, eller selge på vesentlige dårligere betingelser til konkurrenter av disse. Det slås fast i vedtaket at opplysningene var relevante for denne vurderingen. På denne bakgrunn avviser tilsynet Vygruppens anførsel om at oppsigelsen uansett ikke var relevant for tilsynets materielle vurdering (avsnitt 45). Utover dette inneholder vedtaket noen konstateringer av opplysningens relevans i avsnittene 41, 42 og 44.

- (64) Som nevnt har Konkurransetilsynet funnet at det er gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger fordi det ikke ble opplyst om persontransportavtalen, dennes betydning for distribusjonen av billetter til Flåmsbana og den varslede oppsigelsen av avtalen. Som det fremkommer av Konkurransklagenemndas tolkning av vilkåret, må imidlertid en manglende opplysning både være relevant for saken og føre til at de opplysningene som er gitt blir misvisende, for at utelatelsen av opplysningene skal oppfylle vilkåret om uriktige eller ufullstendige opplysninger. Nemnda vil i fortsettelsen vurdere om tilsynet har oppfylt sin plikt til å utrede og opplyse saken når det gjelder spørsmålet om opplysningene om persontransportavtalen, dennes mulige betydning for distribusjonen av billetter til Flåmsbana og den varslede oppsigelsen av avtalen, var relevante for saken og om fraværet av disse opplysningene førte til at opplysningene som var gitt var misvisende.
- (65) Som det fremkommer av gjennomgangen av vedtaket ovenfor, har Konkurransetilsynet bygget på at det er motstrid mellom opplysningene i meldingen og opplysningene som fremkom i e-post 3. april og senere i brev av 16. mai 2019. Konkurransklagenemnda kan ikke se av vedtaket at tilsynet har foretatt en vurdering av om meldingen inneholder uriktige eller ufullstendige opplysninger utover en konstatering av denne motstriden. Under den muntlige høringen bekreftet Konkurransetilsynet at det ikke var foretatt noen nærmere vurdering av om det er opplysningene i meldingen eller opplysningene gitt i e-post 3. april som er uriktige eller ufullstendige. Dette tilsier at Konkurransetilsynet har lagt til grunn at opplysningene som fremkom i e-post 3. april, som også bekreftet informasjon mottatt fra Flåm AS i brev 2. april, var riktige, og at det dermed var meldingen som inneholdt uriktige eller ufullstendige opplysninger.
- (66) Konkurransklagenemnda mener at en motstrid mellom opplysninger gitt i meldingen og opplysninger gitt senere, ikke nødvendigvis fører til at opplysningene gitt i meldingen blir misvisende og dermed kan være uriktige eller ufullstendige. Når det er gitt motstridende opplysninger, må det tas stilling til hvilke av opplysningene som eventuelt er uriktige eller ufullstendige. Nemndas oppfatning er at det ikke er klart i denne saken at det er opplysningene i meldingen som er uriktige eller ufullstendige. Dette synet skal nemnda begrunne nærmere i det følgende.
- (67) I meldingen opplyses det flere steder at Vygruppen ikke står for distribusjonen av billetter til Flåmsbana, og at de heller ikke kan komme i en posisjon til å nekte konkurrenter tilgang til denne.¹³ Det opplyses også at begrunnelsen for at Vy ikke kan nekte konkurrenter tilgang til Flåmsbana er avtalene som ligger til grunn for drift i Flåm Utvikling. De avtalene som det vises til her er ikke kun persontransportavtalen, men også aksjonæravtalen i Flåm Utvikling og tjenesteavtalene mellom Flåm Utvikling og Flåm AS.
- (68) Det fremstår som klart for Konkurransklagenemnda at konsekvensene av en oppsigelse av persontransportavtalen er uklare. [REDACTED]

¹³ Meldingen, side 18, 20 og 28.

[REDACTED] Det er derfor ikke klart at Vy ville få kontroll over distribusjonen av billetter til Flåmsbana ved en oppsigelse av persontransportavtalen, slik som det har blitt opplyst om fra Vygruppens side senere. Denne uklarheten underbygges av [REDACTED]

[REDACTED] Klager opplyste også under den muntlige høringen at konsekvensene av en oppsigelse av persontransportavtalen var usikre.

- (69) På dette grunnlaget er det uklart om opplysningene gitt i meldingen om at de involverte foretakene ikke vil være i stand til å nekte konkurrenter tilgang til Flåmsbana er misvisende og dermed kan være uriktige eller ufullstendige, eller om det er opplysningene gitt senere som synes å bekrefte at Vygruppen vil kunne komme i en slik posisjon ved en oppsigelse av persontransportavtalen som er upresise, uriktige eller ufullstendige. Slik Konkurransesklagenemnda forstår saken, må det foretas en nærmere vurdering av hva som ville blitt konsekvensene av en oppsigelse av persontransportavtalen, før det kan slås fast at opplysningene i meldingen om i hvilken grad Vygruppen kan påvirke tilgangen til Flåmsbana er uriktige eller ufullstendige. Det fremkommer ikke av vedtaket at Konkurransetilsynet har foretatt denne vurderingen. Som nevnt ovenfor ble det under den muntlige høringen bekreftet fra tilsynets side at det ikke var foretatt en nærmere vurdering av dette under saksbehandlingen. Nemnda har på dette grunnlaget kommet til at tilsynet ikke har overholdt sin plikt til å utrede og opplyse saken når det gjelder spørsmålet om meldingen inneholder uriktige eller ufullstendige opplysninger.
- (70) Under den muntlige høringen ble det fra Konkurransetilsynets side hevdet at det ikke kan være tilsynets oppgave å vurdere de privatrettslige konsekvensene av avtaleforholdene mellom foretakene. Dette kan ikke Konkurransesklagenemnda gi sin tilslutning til. Det må stilles strenge krav til tilsynets plikt til å utrede og opplyse saken, spesielt når det ilegges et administrativt overtredelsesgebyr. Et klart minimum må være at det er foretatt en grundig vurdering av om opplysningene som er gitt er uriktige eller ufullstendige. Det kan ikke være tilstrekkelig å vise til at det er motstrid mellom opplysninger gitt i meldingen og opplysninger gitt i senere korrespondanse. Selv om en slik motstrid indikerer at det er gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger på et av tidspunktene, må det fremkomme av vedtaket hvilke opplysninger som er uriktige eller ufullstendige og på hvilket tidspunkt det er gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger. En påpekning av motstrid mellom ulike opplysninger som er formidlet til tilsynet, oppfyller ikke dette kravet. Med denne konstateringen i vedtaket har ikke tilsynet tatt stilling til hvilken handling eller utelatelse som utgjør overtredelsen av forbudet mot å gi uriktige eller ufullstendige opplysninger.
- (71) Avslutningsvis vil Konkurransesklagenemnda legge til at dersom motstriden skulle tilsi at det på ett tidspunkt er gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger, vil det være viktig også for vurderingen av skyldspørsmålet og utmålingen at det klart og tydelig identifiseres hvilke(n) opplysning(er) som er uriktig eller ufullstendig.

- (72) På dette grunnlaget har Konkurransklagenemnda kommet til at Konkurransetilsynet ikke har oppfylt sin plikt til å utrede og opplyse saken på spørsmålet om det er gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger.

4.3 Forvaltningsloven § 34 fjerde ledd – oppheving av vedtaket

- (73) Konkurransklagenemnda har foretatt en konkret vurdering av konsekvensen i saken av den manglende oppfyllelsen av utrednings- og opplysningsplikten i Konkurransetilsynets vedtak.
- (74) Som nevnt innledningsvis har Konkurransklagenemnda full kompetanse og kan prøve alle sider av saken, herunder ta hensyn til nye omstendigheter, jf. fvl. § 34 første ledd.
- (75) Konkurransklagenemnda kan derfor gjøre den vurderingen som Konkurransetilsynet ikke har gjort, og konkludere på spørsmålet om det foreligger brudd på opplysningsplikten, herunder eventuelt ta stilling til skyldspørsmålet og ilegge sanksjon.
- (76) Det følger imidlertid av forvaltningsloven § 34 siste ledd at Konkurransklagenemnda istedenfor selv å treffe nytt vedtak i saken, kan oppheve Konkurransetilsynets vedtak og sende saken tilbake til Konkurransetilsynet til helt eller delvis ny behandling.
- (77) Dette valget for Konkurransklagenemnda mellom selv å treffe nytt vedtak som erstatter Konkurransetilsynets vedtak, eller å oppheve Konkurransetilsynets vedtak og sende saken tilbake til hel eller delvis ny behandling er overlatt til praksis, se blant annet NOU 2019:5 Ny forvaltningslov, punkt 24.12.7.
- (78) Hensynet til forvaltningens utrednings- og undersøkelsesplikt tilsier at det i noen saker kan være mest tjenlig å velge opphevelsesalternativet. Dette henger blant annet sammen med at Konkurransetilsynet er bedre utrustet til å foreta nye undersøkelser mv. Ved hjemvisning til ny behandling vil også klageren få anledning til å kommentere den nye saksutviklingen, dersom Konkurransetilsynet på nytt mener det er grunnlag for gebyr.
- (79) Et viktig argument som tilsier at Konkurransklagenemnda fatter realitetsvedtak i saken som erstatter Konkurransetilsynets vedtak, er hensynet til saksbehandlingstiden. I tillegg til forvaltningslovens krav til saksbehandlingstid følger det av EMK artikkel 6 nr. 1 et krav til å behandle saken innen rimelig tid. Fristen etter EMK i den straffeprosessuelle pilaren starter når rettighetssubjektet ble utsatt for en strafferettslig anklage ("criminal charge"), som ofte vil være relativt tidlig under Konkurransetilsynets behandling av en sak. I saker som er omfattet av den sivilrettslige pilaren i artikkel 6 nr. 1, vil fristen normalt starte når vedtaket fra Konkurransetilsynet er fattet. Etter EMK gjelder ingen absolutt tidsfrist. Det avgjørende er hva som er årsaken til tidsbruken. Konkurransklagenemnda vil derfor se nærmere på de hensyn som taler mot at nemnda treffer et materielt vedtak i denne saken på dette tidspunktet av saksbehandlingen.
- (80) De viktigste motargumentene er slik Konkurransklagenemnda ser det, hensynet til sakens opplysning og mulighetene til eventuelt å få prøvd bevisvurderingene, herunder skyld- og utmålingsspørsmålene for to instanser i forvaltningen.
- (81) Retten til å "anke" er også en sentral rettsikkerhetsgaranti etter EMK, jf. TP 7 artikkel 2 nr. 1. Ankeretten er ikke ubegrenset, men viktige hensyn rammer inn de vurderingene Konkurransklagenemnda må gjøre all den tid søksmål mot Konkurransklagenemndas vedtak anlegges for Gulating lagmannsrett, og ikke for tingretten. Etter et vedtak i

Konkurransesklagemennda er den private part henvist til å prøve vedtaket i lagmannsretten og deretter potensielt for Høyesterett. Det gjenstår ikke flere overprøvingsmuligheter i forvaltningssystemet. Saken ville heller ikke bli vurdert av en tingrett før den går til lagmannsretten.

- (82) I den muntlige høringen for nemnda ble det blant annet klargjort at Vygruppen ikke har foretatt en full utredning av alle konsekvensene av oppsigelsen av persontransportavtalen. Vygruppen står i en særstilling når det gjelder å opplyse saken på dette punktet blant annet som følge av de til dels motstridende opplysningene selskapet har gitt om dette i saksforberedelsen. Den manglende opplysningen av saken på dette punktet har slik Konkurransesklagemennda har redegjort for, vesentlig betydning for saksbehandlingen. Saken har ikke vært fullt opplyst eller underlagt full kontradiksjon på dette punktet i behandlingen i Konkurransetilsynet. Saken er heller ikke fullt opplyst eller underlagt full kontradiksjon på dette punktet for nemnda, verken i den skriftlige eller den muntlige saksforberedelsen.
- (83) Sakens opplysning på dette punktet har potensielt betydning for flere spørsmål i saken, herunder også for skyld- og utmålingsvurderingene, se tidligere redegjørelse. Konkurransesklagemennda mener at slik systemet med nemndsbehandling er utformet der sakene blant annet ikke lenger behandles av tingretten, tilsier at også disse spørsmålene dersom de blir relevante, behandles i to runder i forvaltningen før saken eventuelt bringes inn for domstolen.
- (84) Konkurransesklagemennda har på denne bakgrunn etter en konkret vurdering funnet det mest i samsvar med rettsikkerhetsgarantiene at vedtaket oppheves og sendes tilbake for ny vurdering. Både klager og Konkurransetilsynet vil da få mulighet til å utrede de faktiske forholdene og hensynet til kontradiksjon vil bli fullt ut ivaretatt. I tillegg vil klager potensielt få mulighet til å få alle spørsmålene i saken vurdert i to runder i forvaltningen slik systemet er ment å fungere. Disse hensynene tillegges mer vekt enn hensynet til at saksbehandlingstiden med dette potensielt forlenges. Konkurransesklagemennda mener imidlertid at saken må prioriteres slik at det blir raskt avklart for Vygruppen om Konkurransetilsynet mener at det er grunnlag for et gebyrvedtak for forholdet.

5 Avgjørelse

- (85) Konkurransesklagemennda fatter etter dette følgende vedtak:

Konkurransetilsynets vedtak V2020-15 av 12. mars 2020 oppheves og sendes tilbake til Konkurransetilsynet til helt eller delvis ny behandling jf. forvaltningsloven § 34 siste ledd.

Avgjørelsen er enstemmig.

Dokumentet er godkjent elektronisk