



## ■ **Konkurranseloven § 3-9 – dispensasjon fra konkurranseloven §3-2 – E.A. Smith AS og Løvenskiold Handel AS**

### **Vedtak 2002-57**

### **Innledning**

Konkurransetilsynet viser til tidligere korrespondanse i saken, senest brev av 5. og 15. november 2001 fra hhv E.A. Smith AS (Smith) og Løvenskiold Handel AS (Løvenskiold) til Konkurransetilsynet.

Smith og Løvenskiold ønsker å samarbeide om et anbud lagt ut av Selmer ASA (Selmer) og søker Konkurransetilsynet om dispensasjon for dette samarbeidet. Smith og Løvenskiold har også inngått en samarbeidsavtale av 25. juni 2001, som er sent til Konkurransetilsynet for vurdering. Tilsynet har vurdert og kommentert klausulene i avtalen. Det er imidlertid ikke søkt om dispensasjon for annet enn anbudsamarbeid mot Selmer. Dersom selskapene ønsker dispensasjon for andre typer handlinger, imøteser Konkurransetilsynet en søknad om det.

Smith er distributør av byggevarer, stål og metaller og har lokalisasjoner fra Sandnes i sør til Tromsø i nord. Smith omsetter årlig for 700 mill kroner i byggevarer, hvilket tilsier ca 3% markedsandel på landsbasis. Total omsetning i markedet for byggevarer er 22,9 mrd i året for kjedene. I tillegg omsetter Smith stål og metaller for 550 mill i året.

Løvenskiold opererer i hovedsak på øst- og sørlandet. I tillegg har Løvenskiold noe proffrettet virksomhet i Trondheim og noen forbrukerrettede forretninger i nord. Løvenskiold har en årlig omsetning på 1,45 mrd. i markedet for byggevarer.

### **Samarbeidsavtalen**

Smith har drevet en rekke byggevareutsalg under kjedekonseptet Bygger'n i samarbeid med L.A. Lund AS (Lund). Smith og Lund distribuerer byggevarer og verktøy til kjedemedlemmene på de avtalene Bygger'n har forhandlet frem mot industrien. Lunds omsetning av byggevarer er på 938 mill. kr per år. Lund har nå sagt opp sitt samarbeid med Smith, men avviklingsavtalen er ennå ikke fullført.

Smith har hatt ansvaret for distribusjon av varene fra Trondheim og nordover, og Lund på øst- og sørlandet. Bygger'n Vest Hiba AS som er 100 % eiet selskap av Bygger'n Norge AS er ansvarlig for distribusjonen av varene på vestlandet.

I det nye samarbeidet mellom Løvenskiold og Smith er intensjonen at Løvenskiold skal erstatte Lund. Løvenskiold vil overta 25% av aksjene i Bygger'n etter at Lund har avviklet sitt eierskap. Bygger'n vil da bli 75% eid av Smith og 25% eid av Løvenskiold. Samarbeidet har som mål å fremme utviklingen av kjedekonseptene Bygger'n og Maxbo. De skal redusere kostnader ved å koordinere innkjøp, samt effektivisere i områder hvor aktørene overlapper og særlig der hvor lønnsomheten er dårlig. Samtidig skal Bygger'n og Maxbo fortsette utviklingen hver for seg. Partene ønsker å utnytte sine fortrinn innenfor kompetanse

og produksjon. I følge partene vil dette åpne nye distribusjonskanaler for deres produkter og dermed øke produktspekteret og konkurransen i markedet.

En forutsetning for samarbeidet er at Løvenskiold ikke starter nye kjedekonsepter i konkurranse med Bygger'n. Løvenskiold vil ha tilgang på konkurranseømfintlig informasjon og Bygger'n og Smith må ha trygghet for at denne informasjonen ikke benyttes til etablering av konkurrerende virksomhet.

Ettersom samarbeidsavtalene ikke er utferdiget vil tilsynet ikke foreta en dispensasjonsvurdering av disse på nåværende tidspunkt. Det gis imidlertid en vurdering av enkelte punkter i samarbeidsavtalen i forbindelse med forbudsbestemmelsene i konkurranseloven. Når avtaleverket er utferdiget kan imidlertid aktørene søke om dispensasjon for utvidet samarbeid hvis dette er ønskelig.

### **Anbudssamarbeidet**

Selmer har en anbudsinnbydelse om levering av byggevarer til sine landsdekkende prosjekter. Selmer ønsker å inngå avtaler med landsdekkende leverandører. Verken Smith eller Løvenskiold er i stand til hver for seg å kunne tilby en landsdekkende distribusjon. Bare Byggmakker er pr. i dag landsdekkende kjede for byggevarer. Smith og Løvenskiold ønsker å samarbeide om et tilbud som svar på anbudsinnbydelsen for å kunne utføre landsdekkende levering av byggevarer til Selmers prosjekter.

Tilsynet har vurdert anbudssamarbeidet med hensyn til dispensasjon etter konkurranselovens § 3-9.

## **Forholdet til forbudene i konkurranseloven**

### **Samarbeidsavtalen mellom Smith og Løvenskiold**

I henhold til konkurranseloven (krrl.) § 3-3 første ledd må to eller flere ervervsdrivende ikke:

*”for salg av varer eller tjenester ved avtale, samordnet praksis eller på annen måte som er egnet til å påvirke konkurransen, fastsette eller søke å påvirke til markedsdeling i form av områdedeling, kundedeling, kvotefordeling, spesialisering eller kvantumsbegrensning.”*

Bestemmelsen inneholder et forbud mot visse former for markedsdeling. Forbudet rammer samarbeid i de tilfellene hvor to eller flere ervervsdrivende deler et marked mellom seg på en av de måtene som er nevnt i bestemmelsen, slik at de ervervsdrivende på den måten avstår fra å selge konkurrerende varer og tjenester til de samme kundene.

Enkelte deler i Samarbeidsavtalen mellom Smith og Løvenskiold av 25. juni 2001 (samarbeidsavtalen) punkt II, vil etter Konkurransetilsynets vurdering rammes av krrl. § 3-3. Det kan vurderes om også punkt III rammes av krrl. § 3-3.

I samarbeidsavtalen punkt III (i), forplikter Løvenskiold seg til ikke å starte nye kjedekonsepter i direkte konkurranse med Bygger'n Norge AS. I brev av 5. november 2001 til Konkurransetilsynet forklares denne klausulen ytterligere, bl.a. med at Løvenskiold vil ha tilgang til fortrolig og konkurranseømfintlig informasjon, og at Bygger'n og Smith må ha trygghet for at slik informasjon ikke benyttes til etablering av konkurrerende virksomhet.

En naturlig forståelse av ordet ”markedsdeling” i krrl. § 3-3 er at forbudet gjelder *fordeling* av et marked mellom aktuelle eller potensielle konkurrenter for å oppnå *gjensidig* beskyttelse

mot konkurranse. Denne tolkingen er også lagt til grunn i rettspraksis, jf Høyesteretts kjæremålsutvalg, Rt. 1999 s. 285.

Etter Konkurransetilsynets vurdering innebærer klausulen i samarbeidsavtalen punkt III (i) ingen deling av markedet der partene gjensidig beskytter hverandre for konkurranse, men heller en *ensidig* erklæring fra Løvenskiold om å avstå fra å delta i markedet med nye kjedekonsepter. Klausulen i samarbeidsavtalens punkt III (i) rammes således ikke av forbudet i krrl. § 3-3.

I samarbeidsavtalen punkt II, 1 står det bl.a. at partene ”skal avklare i nærmere detalj hvilke geografiske områder som skal betjenes av distributørene (...)”. I brev av 5. november 2001 til Konkurransetilsynet presiserer Smith at den nærmere avklaring om geografi går ut på ”hvilke geografier som mest hensiktsmessig bør betjenes av de to distributører, bl.a. med hensyn på kostnader, logistikk og annen virksomhet i områdene som kan gi effektivitetsmessige gevinster.”

Av samarbeidsavtalens punkt II, 3 går det frem at partene er enige om å foreta en gjennomgang for å vurdere om det er ønskelig med en ”regional koordinering av partenes virksomhet.” I brevet av 5. november 2001 utdypes dette punktet med følgende forklaring: ”Distributørene har i svært begrenset grad overlappende virksomhet geografisk. Også mht. kjedeetableringer er det bare et fåtall steder der Bygger'n og Maxbo begge er tilstede. Partene ser for seg en gjennomgang med sikte på effektivisering i slike områder, særlig der hvor lønnsomheten er svak.”

Samarbeidsavtalen punkt II, 6 signaliserer at partene skal ha en gjennomgang av ”produkter der partene mener de har fortrinn som kan komme alliansen som helhet til gode.” Det er videre listet opp hvilke produkter dette gjelder for hhv. Smith og Løvenskiold.

De tre ovennevnte punktene i samarbeidsavtalen rammes av forbudet i krrl. § 3-3 som markedsdeling i form av ”områdedeling” eller ”spesialisering”. For at partene skal kunne dele markedet mellom seg på denne måten, kreves det dispensasjon etter krrl. § 3-9. Før selskapene gjennomfører prosjekter eller inngår konkrete avtaler med slikt innhold, må det foreligge dispensasjon fra Konkurransetilsynet. Søknad om dispensasjon for disse forholdene foreligger ikke på dette tidspunkt.

I samarbeidsavtalen punkt II, 4 heter det at partene skal arbeide for et ”markedsmessig samarbeid mot landsdekkende entreprenører der dette er formålstjenlig”. I den grad et slikt samarbeid vil bestå av et felles anbud, vil det kunne rammes av forbudet i krrl. § 3-2. Selskapene har søkt om dispensasjon for samarbeid om anbud til Selmer, jf ovenfor. Krrl. § 3-2 og anbudsinnngivelse til Selmer vurderes nedenfor.

### **Samarbeid om anbud til Selmer**

I henhold til konkurranseloven (krrl.) § 3-2 første ledd, må to eller flere ervervsdrivende ikke:

*”for salg av varer eller tjenester ved avtale, samordnet praksis eller på annen måte som er egnet til å påvirke konkurransen, fastsette eller søke å påvirke priser, mengdeberegninger eller andre vilkår ved anbud, fordelig av anbud eller at noen ervervsdrivende skal avstå fra å inngi anbud.”*

Det er et vilkår at det foreligger et ”anbud”. Det er ikke definert i selve loven hva som skal anses som et anbud. I forarbeidene kommenteres uttrykket kort, og det uttales at ”en forutsetning for at det skal foreligge et anbud, er at anbudsinnbyderen har rettet en oppfordring eller kommet med en innbydelse til ervervsdrivende om å inngi anbud på en

bestemt oppgave. Pristilbud som kommer uoppfordret, faller således utenom § 3-2.”, se Ot. prp. nr. 41 (1992-93) s. 107. Smith og Løvenskiold ønsker å inngi anbud i forbindelse med Selmers anbudsinnbydelse. Kravet til anbud i lovens forstand må således anses å være oppfylt.

Smith og Løvenskiold er to selvstendige ervervsdrivende som ønsker å samarbeide om et anbud. I følge forarbeidene er bestemmelsen ment å ramme ”...ethvert samarbeid i forbindelse med avgivelse av et anbud, og det er ikke adgang for anbudsgivere til å samarbeide om noen form for forretningsvilkår som de skal benytte i sine anbud.”, se Ot.prp. nr. 41 (1992-93) s. 107. Ut i fra det som fremkommer i brevene fra selskapene, er dette et samarbeid som rammes av bestemmelsen.

Det er videre et krav om at samarbeidet er ”egnet til å påvirke konkurransen”. Loven selv sier ikke hva som ligger i dette vilkåret, men uttrykket har blitt noe klargjort gjennom rettspraksis og forvaltningspraksis. Arbeids- og administrasjonsdepartementet har uttalt at en naturlig forståelse av uttrykket tilsier at ”...en aktuell eller potensiell konkurranse enten mellom partene eller innenfor et eller flere relevante markeder må kunne påvirkes...”, se Tono-saken, saksnr 98/640. Det er således ikke et krav at samarbeidspartene er konkurrenter i de samme relevante geografiske markedene i dag. Det er tilstrekkelig at en potensiell konkurranse mellom dem eller andre potensielle eller aktuelle aktører blir påvirket.

Slik det går frem av dokumentene i saken, har Smith og Løvenskiold geografisk overlappende markeder i Trondheim, Harstad og Tromsø i dag. Anbudssamarbeidet vil bidra til at partene ikke kommer til å utvide sine geografiske markeder slik at et potensielt konkurranseelement pasifiseres mellom partene. Dette må anses som tilstrekkelig for at vilkåret i loven er oppfylt.

Samarbeidet om anbudet til Selmer som Smith og Løvenskiold ønsker å gjennomføre, rammes således av forbudet i krrl. § 3-2.

Det kan imidlertid tenkes at samarbeidet kan anses som et prosjektsamarbeid i henhold til krrl. § 3-5, og dermed vil være unntatt forbudsbestemmelsen i krrl. § 3-2.

I krrl. § 3-5 står det:

*”Forbudene i §§ 3-1, 3-2 og 3-4 er ikke til hinder for at to eller flere ervervsdrivende samarbeider om enkeltprosjekter og inngir felles anbud eller tilbud for felles levering av varer eller tjenester (...) Unntaket gjelder bare dersom det i tilbudet opplyses om hva samarbeidet går ut på og hvem som samarbeider.”*

Spørsmålet er dermed om samarbeidet mellom Smith og Løvenskiold er et ”enkeltprosjekt” i lovens forstand. En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at samarbeidet må være begrenset i tid for å være et enkeltprosjekt. Dette støttes av forarbeidene hvor det fremgår at ”... det vil ikke være adgang til å ha et løpende eller mer permanent samarbeid vedrørende de forhold som omfattes av §§ 3-1 og 3-2.”, se Ot.prp. nr. 41 (1992-93) s. 109.

I denne saken er hensikten med å opprette samarbeidet å kunne levere byggevarer til Selmers landsdekkende lokalisasjoner. Det er ikke angitt noen tidshorison for samarbeidet i søknaden, men samarbeidet gir inntrykk av å være av en mer permanent karakter. Det kan således ikke karakteriseres som et enkeltprosjekt, og krrl. § 3-5 kommer ikke til anvendelse.

Dispensasjon i henhold til krrl. § 3-9 er nødvendig for at samarbeidet mellom Smith og Løvenskiold om anbud til Selmer skal kunne gjennomføres.

## Dispensasjon fra konkurranseloven

Konkurransetilsynet kan med hjemmel i krrl. § 3-9 første ledd gi dispensasjon fra forbudene i §§ 3-1 til 3-4 dersom:

- a) konkurransereguleringen innebærer at konkurransen i vedkommende marked forsterkes,
- b) det må forventes effektivitetsgevinster som mer enn oppveier tapet ved konkurransereguleringen,
- c) konkurransereguleringen har liten konkurransemessig betydning, eller
- d) det foreligger særlige hensyn.

For å avgjøre om et eller flere av vilkårene over er oppfylt, i forbindelse med det aktuelle anbudssamarbeidet, må Konkurransetilsynet vurdere hvilke markeder som berøres av den forbudte konkurransereguleringen. Nedenfor vurderes derfor avgrensningen av det relevante markedet.

### Det relevante markedet

Ved hjelp av det relevante markedet avgrenses det området hvor det aktuelle samarbeidet har sin virkning. En kjøper vil velge sin leverandør på bakgrunn av egenskaper ved produktet og ved leverandørens beliggenhet. Av denne grunn har det relevante markedet både en produktmessig dimensjon og en geografisk dimensjon.

### Det relevante produktmarkedet

Det relevante produktmarkedet inkluderer de varer og/eller tjenester kjøperen anser som substituerbare med hensyn til dekning av bestemte behov. Med substituerbarhet menes hvilke produktvarianter etterspørerne kan velge mellom for å tilfredsstille det samme, underliggende behov. Substituerbarheten kan måles ved krysspriselasititeten som angir i hvilken grad en konsument, for sin behovtilfredsstillelse, vil gå over til å etterspørre andre produkter dersom prisen på et produkt øker. Dette vil særlig avhenge av produktets egenskaper, bruksområde og priser.

Byggevarebransjen omfatter varer fra en rekke mindre produktgrupper som ikke er substitutter, men som kan være komplementære i konsum. I vid forstand omfatter bransjen produktgrupper som trelast, andre byggevarer (eks. spon- og gipsplater, isolasjon), sement/stein/stål, tak, gulv, dører/vinduer/trapper, kjøkken/bad/garderobe, interiør, maling, varme (peis/ovn, el- varme) spiker/festartikler/beslag, jernvare/verktøy/maskiner og VVS.

Noen sluttforhandlere omsetter varer fra tilnærmet alle produktområder som i vid forstand inngår i byggebransjen. Andre forhandlere omsetter bare enkelte av produkter som benevnes som byggevarer. Aktørene (Smith og Løvenskiold) omsetter varer fra flere eller hele produktsektorer som bransjen selv definerer som byggevaremarkedet. Selv om denne saken vil omfatte en rekke ulike produktmarkeder velger Konkurransetilsynet ikke å definere disse nærmere da den videre drøftelsen i hovedsak vil sammenfalle i de ulike delmarkedene. En vid markedsavgrensning som omfatter alle de produktgrupper som de store byggevarehusene normalt omsetter, er i samsvar med den produktavgrensning som Trelast- og byggevarehandelens fellesorganisasjon (TBF) benytter i forbindelse med sine bransjestatistikker for byggevaremarkedet.

Det relevante produktmarkedet avgrenses derfor til å omhandle byggevaremarkedet i vid forstand.

Konkurransetilsynet vil likevel bemerke at fullsortimentsdefinisjonen er en forenkling. Bransjegliedning kan føre til problemer med markedsdefinisjonen, både fordi byggevarehandelen fører produkter som ikke bare selges i byggevareforretninger, og fordi enkelte byggevarer ikke bare selges i byggevarehus. En god del av byggevareomsetningen selges dessuten ikke gjennom de typiske fullsortimentskjedene, men gjennom spesialforretninger, eksempelvis dører og vinduer. Dette betyr at partenes markedsandeler sannsynligvis er ganske forskjellige fra produkt til produkt. Det kan derfor være vanskelig å avgjøre hvilken omsetning som skal ligge til grunn for beregning av markedsandeler.

Produktene som selges til den profesjonelle kundegruppen skiller seg noe fra produktene som selges til den private kundegrupper ettersom den profesjonelle kundegruppen gjerne stiller større krav til for eksempel kvalitet enn den private kundegruppen. I tillegg kjøper gjerne de profesjonelle kundene større kvantum og får en kjøpermakt som gjør dem i stand til å forhandle frem prisreduksjoner og leveranser på produktene. Vi ser dermed at produktene som selges til de ulike kundegruppene er differensierte og tilfredsstillende ulike behov.

Tilsynet anser at det av ovennevnte grunner er hensiktsmessig å inndele produktmarkedet i et profesjonelt og et privat marked. Denne inndelingen vil også ha relevans for avgrensningen av det geografiske markedet.

### **Det relevante geografiske markedet**

Det relevante geografiske markedet omfatter det området hvor etterspørerne av varer og tjenester i det relevante produktmarkedet foretar sine innkjøp. Det relevante geografiske marked vil variere for ulike produkter og for forskjellige kundegrupper.

For den store profesjonelle kunden, Selmer, vil viljen til å reise lenger være noe større. Imidlertid vil innkjøp av byggevarer som sement, stein, stål og trelast, som umiddelbart later til å ha en lav verdi per vekt og/eller volumenhet, kunne påføre aktørene store transportkostnader. Dette favoriserer leverandører med lokal tilstedeværelse på nasjonalt plan. Dette bekreftes av Selmers krav om at hovedleverandøren må kunne sikre rask levering til alle deler av landet<sup>1</sup>. Dette skulle tilsi at Norge kunne deles inn i en rekke lokale markeder, med en eller flere forretninger lokalisert i det enkelte marked.

I visse tilfeller vurderes markedet imidlertid likevel til å være nasjonalt. Dette kan være tilfelle dersom konkurransen foregår mellom flere landsdekkende kjeder der den enkelte kjedes sentralledd fastsetter felles priser for kjeden. Ettersom Smith og Løvenskiold ønsker å gi felles tilbud til Selmer, legger Konkurransetilsynet til grunn at tilsvarende sentralstyringseffekt vil opptre og konkurransesituasjonen på landsbasis vil gi et tilfredsstillende bilde av konkurransesituasjonen for noen av de store profesjonelle kundene. Markedet avgrenses av den grunn til å være nasjonalt.

### **Konkurransemessig vurdering**

Den umiddelbare effekten av samarbeidet i det nasjonale markedet vil være en økning i antall konkurrenter fra 1 til 2 i konkurransen i anbudsrunder til Selmer. Konkurransetilsynet legger derfor til grunn at samarbeidet vil føre til en bedret konkurransesituasjon.

---

<sup>1</sup> Se Vedtak 2002-18 der Bravida stiller tilsvarende krav til sine underleverandører.

En eventuell kostnadsreduksjon som følge av samarbeidet, vil ytterligere styrke konkurranseparameterne i markedet. I følge partene vil samarbeidet også medføre økt tilgang på et bredere produktspekter i det nasjonale markedet. I den grad dette er tilfelle antas konsumentenes tilgang til et bredere produktspekter å ha samfunnsøkonomisk positive effekter.

Tilsynet legger derfor til grunn at samarbeidet har positive markedsmessig effekter i det nasjonale markedet for profesjonelle etterspørrere.

### **Konkurransetilsynets vedtak**

Som følge av ovennevnte forhold anser Konkurransetilsynet at markedseffektene av opprettelsen av samarbeidet mellom Smith og Løvenskiold vil medføre positive konkurransemessig betydning. På denne bakgrunn og med hjemmel i krrl. § 3-9 første ledd, bokstav a) har konkurransetilsynet fattet følgende vedtak:

**E.A. Smith og Løvenskiold Handel AS gis dispensasjon fra konkurranseloven § 3-2 første ledd til å foreta anbudssamarbeid i forbindelse med landsdekkende leveranser til Selmer ASA. Partene er forpliktet til i et felles anbud å opplyse om hva samarbeidet går ut på og hvem som samarbeider.**

**Vedtaket trer i kraft straks og gjelder til 1. september 2007.**

Vedtaket kan påklages innen tre uker. En eventuell klage stiles Arbeids- og administrasjonsdepartementet, men sendes Konkurransetilsynet. Tilsynet viser for øvrig til vedlagte klageskjema.

Konkurransetilsynet gjør oppmerksom på at dispensasjonen kan trekkes tilbake tidligere, eventuelt stille vilkår for den, dersom forutsetningen for dispensasjonen ikke lenger er til stede, jf. krrl. § 3-9 andre og tredje ledd.

Dersom det er behov for dispensasjon utover utløpsdatoen, bes De søke i god tid før dispensasjonen utløper.