

Deres ref.:

Vår ref.: 2005/1118 - 23  
MAB ANTH 433.5

Saksbeh.:

Dato: 10.02.2006

## ■ Konkurranseloven § 12 jf. § 10 og § 11 - avslag på anmodning om å gripe inn mot Norske Skogindustrier ASA

### Avgjørelse A2006 – 22

Konkurransetilsynet viser til Deres klage av 14. november 2005 samt senere telefonkontakt.

#### 1. Innledning og bakgrunn

Sommeren 2005 ble det kjent at Norske Skogindustrier ASA (Norske Skog) ønsket å legge ned papirproduksjonen ved Union papirfabrikk (Union) i Skien. I en børsmelding av 27. juli 2005 heter det om nedleggelsen at ”Årsaken er den vedvarende overkapasiteten på papirproduksjon i Europa. –Vi er en av verdens ledende produsenter av trykkipapir og må tilpasse vår kapasitet til det volumet som gir akseptabel inntjening, sier konsernsjef Jan Oksum”. Videre har Norske Skog uttalt at det er uaktuelt å selge Union til interessenter som ønsker å videreføre bokpapirproduksjonen ved bedriften.

I klagen ber De Konkurransetilsynet om å ta stilling til følgende tre forhold:

1. Om det har blitt inngått ulovlige avtaler mellom Norske Skog og konkurrerende papirprodusenter om markedsdeling.
2. Om Norske Skog har monopol på kjøp av massevirke og beskytter dette på en ulovlig måte.
3. Om Norske Skog utilbørlig har utnyttet sin stilling i prosessen for å få flertall for nedleggelse i Norske Skogs bedriftsforsamling.

Konkurransetilsynet har allerede vurdert Norske Skogs nedleggelse av Union opp mot konkurransereglene før mottak av klagen. I en pressemelding av 28. september 2005 uttalte tilsynet:

*”Konkurransetilsynet har kommet til at Norske Skogs atferd i forbindelse med nedleggelsen av Union ikke rammes av konkurranseloven § 11, som forbyr misbruk av dominerende stilling. Konkurranseloven og relevant praksis gir ikke grunnlag for å pålegge Norske Skog å selge Union til konkurrenter. Det er tungtveiende grunner til at bedrifter må stå fritt til å restrukturere sin virksomhet for å sikre mer effektiv drift.*

*Europakommisjonen foretok bevissikring hos Norske Skog og andre papirprodusenter i mai 2004 med sikte på å sikre eventuelle bevis for ulovlig samarbeid. Konkurransetilsynet har gjort undersøkelser av forhold knyttet til Union-saken, og vil informere Kommisjonen*

*om resultatet av disse undersøkelsene i den grad det vil være relevant for Kommisjonens etterforskning”.*

I forbindelse med behandlingen av saken har Konkurransetilsynet hatt møter med Norske Skog og innhentet ytterligere informasjon.

Konkurransetilsynet har på nytt vurdert om Norske Skogs nedleggelse av Union kan anses å være en overtredelse av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i konkurranseloven § 10 eller forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i konkurranseloven § 11. Som det vil fremgå nedenfor, har Konkurransetilsynet ikke funnet bevis for at Norske Skog har overtrådt forbudene i konkurranseloven §§ 10 eller 11 i forbindelse med nedleggelsen av Union.

## **2. Forbudene i konkurranseloven §§ 10 og 11**

Konkurranseloven § 11 første ledd forbyr ”[e]t eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av dominerende stilling”. Bestemmelsen oppstiller to vilkår som må være oppfylt for at forbudet skal være overtrådt: For det første må foretaket ha en ”dominerende stilling,” og for det andre må foretakets atferd innebære ”utilbørlig utnyttelse”. Det er ikke forbudt i seg selv å ha en dominerende stilling, men konkurranseloven § 11 setter visse grenser for hvordan dominerende foretak kan opptre i markedet. Et dominerende foretak har et særlig ansvar for å unngå at dets atferd begrenser konkurransen.

Konkurranseloven § 10 første ledd forbyr ”[e]nhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen”. Bestemmelsen oppstiller som vilkår at det må foreligge en eller annen form for samarbeid mellom uavhengige foretak, og dette samarbeidet må ha konkurransebegrensende formål eller virkning. I tillegg følger det av praksis at det er et vilkår at samarbeidet må påvirke konkurransen merkbart. Konkurranseloven § 10 tredje ledd oppstiller bestemte vilkår for unntak fra forbudet i første ledd. Typiske eksempler på samarbeid som vil være forbudt etter § 10 er prissamarbeid, anbudssamarbeid og markedsdeling.

Konkurranseloven § 10 og § 11 er utformet etter mønster av EF-traktaten artikkel 81 og 82, og EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Det understrekes i forarbeidene til konkurranseloven at praksis og retningslinjer om de tilsvarende forbudene i EF-traktaten og EØS-avtalen vil være retningsgivende ved fastsettelsen av omfanget av forbudet i konkurranseloven § 10 og § 11.<sup>1</sup>

## **3. De relevante markeder**

### *3.1 Generelt*

I vurderingen av om et foretaks atferd er i strid med forbudene i konkurranseloven §§ 10 eller 11, vil det være relevant å se på virkningene av den aktuelle atferden i de markedene som berøres. Det gjøres derfor en vurdering av hvilke markeder som er berørt i saken.

Norske Skog produserer publikasjonspapir (også kalt trykkpapir). Det er ikke påberopt at Norske Skog er dominerende på markedene for publikasjonspapir. På bakgrunn av gjennomgangen i pkt. 5 vil Konkurransetilsynet likevel kort redegjøre for disse markedene.

Klager hevder at Norske Skog er dominerende på markedet for kjøp av massevirke. I det følgende gis derfor en kortfattet redegjørelse for markeder for innsatsfaktorer i papir- og treforedlingsindustrien.

Det gjøres oppmerksom på at det på grunn av konklusjonene i pkt. 5 ikke har vært nødvendig å foreta fullstendig avgrensninger av de relevante markeder i denne saken. Konkurransetilsynet

---

<sup>1</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), s. 68

nøyer seg derfor i stor utstrekning med å vise til markedsavgrensninger foretatt i tidligere saker. Tilsynet har ikke funnet forhold som gjør det nødvendig å fravike markedsavgrensningene i disse tidligere sakene på en slik måte at det får betydning for konklusjonene i denne saken.

### 3.2 Publikasjonspapir

Kommisjonen har i vedtak av 30. oktober 1995 (*Repola/Kymmene*),<sup>2</sup> samt i vedtak av 21. november 2001 (*UPM-Kymmene/Haindl*)<sup>3</sup> definert markedet for avispapir som ett relevant produktmarked. Kommisjonen fant at det var en høy grad av substitusjon både på etterspørsels- og tilbudssiden mellom de ulike kvalitetene av avispapir, samt at prisene ikke var signifikant forskjellige. I Kommisjonens avgjørelse er treholdig bokpapir inkludert i det relevante produktmarkedet. For ordens skyld kan det nevnes at Kommisjonen i *UPM-Kymmene/Haindl* fant at ulike typer magasinpapir utgjorde separate markeder, atskilt fra avispapir.

### 3.3 Markeder for innsatsfaktorer

Sagtømmer er betegnelsen på trestammer som skal benyttes til trelastproduksjon. Denne type tømmer kan skilles fra massetømmer (omtales også som massevirke) som er betegnelsen på treverk som benyttes i cellulose/papirproduksjon. Massevirke er tømmer som ikke holder høy nok kvalitet til trelastforedling. Skurlast og høvellast er innsatsfaktorer i trelastindustrien. Produksjon av skurlast og høvellast genererer betydelige mengder flis. Flisen fra skurlastproduksjon er relativt grov og benyttes normalt til produksjon av cellulose (derav betegnelsen celluloseflis). I tillegg benyttes resirkulert papir som innsatsfaktor i papirproduksjonen. Råvarene til papirindustrien betegnes ofte som "virke". Massevirke og celluloseflis er blant de viktigste innsatsfaktorene i papirproduksjon.

I Konkurransetilsynets avgjørelse A2000-13 *Moelven/Forestia* la tilsynet til grunn i vurderingen av Norsk Skogs kjøpermakt at celluloseflis og massevirke var separate produktmarkeder.

### 3.4 Geografiske markeder

I *UPM-Kymmene/Haindl* fant Kommisjonen at den geografiske utstrekningen av markedet for avispapir var EØS-området eller mindre.

I *UPM-Kymmene/Haindl* fant Kommisjonen at den geografiske utstrekningen av markedet for magasinpapir var EØS-området pluss Sveits.

I Konkurransetilsynets avgjørelse A2000-13 *Moelven/Forestia* fant tilsynet at markedene for massevirke og celluloseflis var regioner i Norge.

På bakgrunn av konklusjonene i pkt. 5 nedenfor foretas ikke noen nærmere vurdering av den geografiske avgrensningen av markedene i den foreliggende saken.

## 4. Dominerende stilling

I *UPM-Kymmene/Haindl* konkluderte Kommisjonen med at foretakssammenslutningen ikke førte til at noen aktør oppnådde dominerende stilling på avispapirmarkedet i EØS-området.

Konkurransetilsynet har ikke funnet forhold som tilsier at Norske Skog senere skal ha oppnådd dominerende stilling på avispapirmarkedet.

Norske Skog avtar ca 70 prosent av alt massevirke i Norge<sup>4</sup>. I avgjørelse A2000-13 *Moelven/Forestia* la dessuten Konkurransetilsynet til grunn at Norske Skog avtar ca 60 prosent av

---

<sup>2</sup> Sak M.646

<sup>3</sup> Sak M.2498

<sup>4</sup> Tall fra klager

all celluloseflis i Norge. Det er en presumpsjon for at en aktør har dominerende stilling når dennes markedsandel overstiger 50 prosent<sup>5</sup>.

På bakgrunn av den informasjon som foreligger, kan det se ut til at Norske Skog har dominerende stilling på ett eller flere av de berørte innkjøpsmarkedene.

## 5. Utilbørlig utnyttelse

### 5.1 Generelt

Det er særlig to forhold som må vurderes i forhold til forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling: (1) Om Norske Skogs reduksjon av kapasitet/produksjon er ulovlig fordi den påfører andre aktører urimelig priser og (2) Om Norske Skogs nektelse av å selge Union er ulovlig fordi det hindrer utviklingen av konkurransen.

### 5.2 Urimeleg pris

#### 5.2.1 Urimeleg salgspris – markeder for publikasjonspapir

Konkurranseloven § 11 annet ledd bokstav a) nevner urimeleg utsalgspriser som et eksempel på en type atferd som kan utgjøre utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. På bakgrunn av den praksis som finnes om urimeleg pris, er det mest nærliggende å vurdere om Norske Skog reduserer kapasiteten/produksjonen for å øke prisene ved salg av sine produkter.

Når det gjelder spørsmålet om urimeleg salgspris, er EF-domstolens avgjørelse i United Brands-saken<sup>6</sup> av særlig betydning. I denne saken uttalte EF-domstolen at ”*charging a price which is excessive because it has no reasonable relation to the economic value of the product supplied would be such abuse*”. EF-domstolen tok imidlertid ikke endelig stilling til hvordan det skal påvises at prisen ikke står i rimelig forhold til den økonomiske verdien av produktet.

Videre uttalte EF-domstolen at det må vurderes ”*whether the difference between the costs actually incurred and the price actually charged is excessive, and if the answer is affirmative, whether a price has been imposed which is either unfair in itself or when compared to competing products*”. EF-domstolen uttalte imidlertid også at “*other ways may be devised – and economic theorists have not failed to think up several – of selecting the rules for determining whether the price of a product is unfair*”.

Kommisjonen har i enkelte saker vurdert kriteriene for når det foreligger urimeleg høy pris.<sup>7</sup> Sakene viser at det skal svært mye til før dette utgjør en overtredelse av forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling, i hvert fall i bransjer der det ikke foreligger klare standarder for kostnadsfordeling og avkastningskrav.

I den foreliggende saken finner Konkurransetilsynet ikke grunnlag for å foreta en mer omfattende vurdering av Norske Skogs priser. Tilsynet har ikke holdepunkter for at Norsk Skog har redusert kapasiteten/produksjonen for å kunne ta så høye priser at det ville være i strid med forbudet i § 11. Uansett ville det vært de høye prisene, og ikke nedleggelsen av Union som hadde utgjort en utilbørlig utnyttelse. I prinsippet kan Norske Skog legge ned Union uten å øke prisene, eller øke prisene uten å legge ned Union. Sammenhengen mellom redusert kapasitet og eventuell høyere pris blir etter Konkurransetilsynets oppfatning så indirekte at konkurranseloven § 11 annet ledd bokstav a) uansett ikke kan anvendes på nedleggelsen av Union.

Konkurransetilsynets undersøkelser har ikke avdekket forhold som tyder på at Norske Skog er i stand til alene å ta urimeleg salgspriser. Dette er heller ikke påberopt i saken. Om muligheten for økte priser på bakgrunn av ulovlig samarbeid, se pkt. 6 nedenfor.

<sup>5</sup> EF-domstolens avgjørelse i sak C-62/86 AKZO

<sup>6</sup> Sak 27/76

<sup>7</sup> Se for eksempel sakene COMP/A.36.568 og COMP/36.570

Konkurransetilsynet har etter dette ikke grunnlag for å konkludere med at Norske Skog overtrer forbudet i § 11 ved å kreve urimelige salgspriser.

### 5.2.2 Urimelig innkjøpspris – markedene for innsatsfaktorer

Hittil er § 11 annet ledd bokstav a) drøftet under synsvinkelen urimelige utsalgpriser, det vil si at Norske Skog senker kapasiteten/produksjonen for å øke prisene på et eller flere papirmarkeder. Klager antyder at Norske Skog etter nedleggelsen av Union er i stand til å påføre skogbruket urimelige priser på massevirke. Ordlyden i § 11 annet ledd bokstav a) dekker også det å påtvinge andre urimelig (lave) salgspriser. Dette betyr at § 11 i prinsippet kunne tenkes anvendt dersom Norske Skog benytter sin dominerende stilling til å holde sine innkjøpspriser lave, og altså påtvinge selgerne av massevirke urimelig lave salgspriser.

Konkurransetilsynet har ikke funnet holdepunkter for at lave innkjøpspriser for massevirke utgjør en utilbørlig utnyttelse av Norske Skogs dominerende stilling på de berørte innkjøpsmarkedene. Formålet med forbudet i § 11 er å beskytte konkurransen og dermed bidra til mer effektiv bruk av samfunnets ressurser og økt velferd for forbrukerne. Normalt vil lave innkjøpspriser ikke være et problem for konkurransen med mindre den dominerende aktøren kan påvirke sluttprisen. Norske Skog har ikke en dominerende stilling i papirmarkedet og tilsynet finner det derfor ikke sannsynlig at Norske Skog alene skal kunne påvirke sluttprisen på papirmarkedene. Det er således ikke sannsynlig at lavere innkjøpspriser på massevirke vil være til skade for forbrukerne.

Selv om tilsynet hadde konkludert med at prisen etter nedleggelsen var urimelig, så ville det vært den urimelige prisen, og ikke selve nedleggelsen av Union som ville ha representert den utilbørlige utnyttelsen.

Konkurransetilsynet har etter dette ikke grunnlag for å konkludere med at Norske Skog overtrer forbudet i § 11 ved å holde urimelig lave innkjøpspriser.

### 5.3 Forretningsnektelse

Konkurransetilsynet har også vurdert hvorvidt nektelse av å selge Union kan være en ulovlig forretningsnektelse etter konkurranseloven § 11. Konkurransetilsynet forutsetter at grunnen for å nekte å selge Union er å hindre en ny konkurrent i å etablere seg. Sakene om ulovlige forretningsnektelser i EU/EØS-konkurranseretten gjelder typisk en produsent som nekter å selge et produkt til en konkurrent i markedet nedstrøms for å begrense eller hindre konkurranse, eller som opererer med diskriminerende priser eller andre betingelser for å oppnå det samme. I denne saken er det ikke tale om at Norske Skog ikke vil selge papir eller andre produkter som foretaket produserer til aktuelle eller potensielle konkurrenter. Spørsmålet her er om nektelse av å selge hele eller deler av Union kan være en ulovlig forretningsnektelse. Vurderingen må i så fall være om Norske Skog foretar en ulovlig forretningsnektelse i markedet for salg av produksjonsanlegg for papir eller papirfabrikker med tomt (som et *going concern*). I den utstrekning dette kan anses som et relevant marked, er det liten grunn til å tro at Norske Skog ville være dominerende på et slikt marked, og en nektelse av å selge ville derfor heller ikke være i strid med forbudet i § 11.

Utgangspunktet i sakene om utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i EU/EØS-konkurranseretten er at dominerende foretak ikke må opptre på en slik måte at det hindrer opprettholdelsen eller utviklingen av konkurransen i markedet. I denne forstand innebærer en nektelse av å selge Union ingen konkurransebegrensning i forhold til om Norske Skog fortsatt skulle beholde Union. Tvert om kan det å trekke ut kapasitet fra markedet legge til rette for at nye aktører etablerer seg i markedet. Det må legges til grunn at det finnes andre leverandører av papirmaskiner, og en ny aktør er ikke forhindret fra å opprette en ny fabrikk i Norge eller andre steder. Det følger av praksis<sup>8</sup> om det tilsvarende forbudet i EF-traktatens artikkel 82 at det som nektes levert må være absolutt nødvendig for den som etterspør dette. Union papirfabrikk er ikke absolutt nødvendig for en aktør som vil produsere bokpapir. Dette vilkåret er derfor ikke til stede.

<sup>8</sup> Se for eksempel sak C-7/97 *Oscar Bronner*

Det Norske Skog vil hindre ved å legge ned i stedet for å selge, er å hjelpe en ny konkurrent i gang. I denne saken kan dette ikke anses som utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling.

#### 5.4 Andre mulige former for utilbørlig utnyttelse

Selv om det aktuelle tilfellet ikke faller innenfor en tidligere definert kategori utilbørlig utnyttelse, utelukker ikke dette anvendelse av § 11. Hvilke typer atferd som kan innebære utilbørlig utnyttelse, er ikke uttømmende regulert verken i bestemmelsens ordlyd eller i praksis.

Det finnes noen enkeltsaker i EU-retten som kan tas til inntekt for at dominerende aktører i enkelte tilfeller må bidra aktivt til ny konkurranse.<sup>9</sup> I disse sakene forelå det imidlertid helt spesielle omstendigheter som tilsynet ikke kan se at foreligger i denne saken.

Som det fremgår ovenfor er det lite som tilsier at nedleggelse av Union i seg selv kan innebære overtredelse av konkurranseloven § 11. Tvert i mot taler tungtveiende grunner mot at forholdet skal rammes. Dersom et dominerende foretak ikke lenger fritt kan legge ned mindre effektiv produksjon, innebærer dette i seg selv en klar risiko for effektivitetstap. Dominerende aktører kan da ikke lenger fritt vurdere hva som vil være den mest effektive strukturen på egen fabrikkportefølje. De må i så fall også ta i betraktning at en nedleggelse kan bety at de blir tvunget til å hjelpe i gang en ny konkurrent på markedet. Dette vil gi dominerende aktører insentiver til å beholde mindre effektiv produksjonskapasitet fremfor å gradvis bytte denne ut med mer effektiv produksjonskapasitet. Dermed kan kapital bindes opp i produksjon som er mindre effektiv enn annen anvendelse. Enda mer uheldig er det dersom inngrep fra konkurransemyndighetene fører til at unødvendig overkapasitet beholdes i markedet.

Klager hevder at mye tyder på at Norske Skog har ”brukt utilbørlig markedsrett” i prosessen rundt nedleggelsen og derfor overtrådt konkurranseloven § 11. Konkurransetilsynet antar at klager kan ha ment at Norske Skog utilbørlig har utnyttet sin dominerende stilling i prosessen for å få flertall for nedleggelse i selskapets organer. Klager uttaler at ”[f]ra flere hold har vi fått innspill om at skogeierne har fått antydninger om reduserte leveranser og dårligere priser dersom beslutningen om Union ble feil, sett fra konsernledelsens ståsted”. Det vises videre til at det foreligger mistanke om at skogeierne ble lovet gunstigere leveringsbetingelser dersom det ble flertall for nedleggelse av Union. Disse påberopte forholdene kan imidlertid heller ikke utgjøre overtredelse av konkurranseloven § 11. Forholdene er ikke egnet til å begrense konkurransen på noen måte utover det som er drøftet ovenfor i pkt 5. Konkurransetilsynet finner derfor ikke grunnlag for å foreta ytterligere undersøkelser av disse forholdene.

## 6. Konkurranseloven § 10

I klagen anføres at ”Det er en nærliggende tanke om det har vært avtaler mellom to eller flere aktører m.h.p. å optimere det europeiske markedet gjennom produktdeling”. Klagen inneholder imidlertid ingen konkrete bevis for at Norske Skog og konkurrentene har samarbeidet i strid med konkurranseloven § 10. I klagen vises det til at minst én kjøper av bokpapir har fått varsel om sterkt økte priser. Dette i seg selv er imidlertid ikke bevis for overtredelse av § 10, selv om det kan indikere at konkurransen på bokpapir er svekket. Konkurransetilsynets egne undersøkelser har heller ikke avdekket brudd på § 10.

Kommisjonen har en pågående etterforskning av produsentene i papirbransjen, og foretok i mai 2004 bevissikring hos Norske Skog og flere av Norske Skogs konkurrenter. Kommisjonens etterforskning tar sikte på å avdekke om det foreligger brudd på forbudene mot konkurransebegrensende samarbeid i EF-traktaten artikkel 81 og EØS-avtalen artikkel 53. På bakgrunn av at Kommisjonen allerede etterforsker mulige ulovlige samarbeid mellom produsenter i papirbransjen, og tatt i betraktning at dette vil være tale om et internasjonalt samarbeid, er det ikke grunnlag for at Konkurransetilsynet iverksetter en egen, omfattende etterforskning av mulige brudd på konkurranseloven § 10 eller EØS-avtalens artikkel 53.

<sup>9</sup> For eksempel Sak 241/91 *Magill*



## 7. Konklusjon

Konkurransetilsynet kan på denne bakgrunn ikke påvise at det foreligger overtredelse av konkurranseloven §§ 10 eller 11. Anmodningen om inngrep avslås derfor.

Avgjørelsen kan påklages, jf. konkurranseloven § 12 tredje ledd. Fristen for å klage er tre uker. En eventuell klage stiles til Fornyings- og administrasjonsdepartementet, men sendes Konkurransetilsynet. Forøvrig vises til vedlagte skjema ”Melding om rett til å klage over forvaltningsvedtak”.

Vi gjør for øvrig oppmerksom på at foretak som mener seg rammet av en overtredelse av konkurranseloven § 10 eller § 11 selv kan forfølge saken ved å reise sak for domstolene. Foretakene er således ikke avhengig av at Konkurransetilsynet skal involvere seg i saken for å kunne beskytte seg mot en overtredelse.

Kopi til:  
Norske Skogindustrier ASA  
Rød Valgallianse