

## V1999-34 10.06.99

### Marine Mastic Ltd. - dispensasjon fra krrl. § 3-2 for anbudssamarbeid

#### Sammendrag:

Thistle Aggregates Ltd, Hesselberg Hydro 1991 Ltd, Bitumarin B.V. og Rieber & Søn ASA, Nodest Asfalt gis dispensasjon fra krrl § 3-2 til å samarbeide ved anbud om salg og levering av asfaltbasert skjøtemasse for tetning av undersjøiske rørledninger i Nordsjøen med tilstøtende nordeuropeiske sjøområder gjennom Marine Mastic Ltd.

Dispensasjonen er betinget av at MML informerer Konkurransetilsynet om enhver fremtidig realitetsendring i samarbeidet mellom de nevnte partene.

Konkurransetilsynet viser til Deres søknad av 19. januar 1999 om dispensasjon fra konkurranseloven (krrl.) av 11. juni 1993 nr. 65 på vegne av Rieber & Søn ASA i forbindelse med selskapets deltagelse i et anbudssamarbeid for salg av asfaltbasert skjøtemasse for tildekning av undersjøiske rørledninger i Nordsjøen og tilstøtende områder. Anbudssamarbeidet skjer gjennom samarbeidsavtaler tilknyttet et joint-venture, Marine Mastic Ltd.(MML)

I dispensasjonssøknaden anføres at samarbeidet vil være i strid med krrl §3-2, jfr §§3-1 og 3-3 dersom man ikke anser sistnevnte forbud (krrl § 3-3) for å konsumeres av forbudet mot anbudssamarbeid. Det bes om at Konkurransetilsynet innvilger dispensasjon med hjemmel i krrl. § 3-9.

#### *Nærmere om samarbeidet*

MML er en salgs- og markedsføringsorganisasjon uten noen ansatte. Som deltagere i samarbeidet er etter avtalen Thistle Aggregates Ltd, Hesselberg Hydro 1991 Ltd, Bitumarin Offshore B.V. og Rieber & Søn ASA, gjennom Nodest Asfalt. MML var per januar 1999 eid av Thistle Aggregates Ltd og Hesselberg Hydro 1991 Ltd. MML ble først opprettet som et samarbeid mellom Thistle Aggregates og Hesselberg Hydro ved avtale 5. juli 1995.

Formålet med MML er å levere, og er begrenset til å levere asfaltbaserte produkter for tildekning av undersjøiske rørledninger, herunder asfaltbasert skjøtemasse.

I dispensasjonssøknaden opplyses at det kun er Thistle Aggregates Ltd som før 1996 har levert skjøtemasse til olje- og gassrørledninger i Nordsjøen før opprettelsen av MML. Det opplyses videre at produksjonsteknikken for det aktuelle produktet MML leverer er patentbar og at rettighetene innehas av Hesselberg Hydro 1991 Ltd. De involverte parter er gitt lisens fra patenthaver til å produsere produktet.

Samarbeidet i MML er opplyst utelukkende å gjelde anbud, og fungerer slik at partene i MML leverer hver sine anbud på en bestemt kontrakt til MML. Den part som har den laveste prisen vil gå videre, og

stå for produksjon og levering dersom MML blir tildelt kontrakten av anbudsinnyder. Prisene MML opererer med skal godkjennes av styret i MML samt av Bitumarin Offshore B.V som utstyrsleverandør, og til prisen tillegges et beløp som skal dekke MMLs administrasjonskostnader. Partene kan i tillegg bestemme at det skal legges til en avanse, og den totale prisen blir så brukt i det anbud MML leverer anbudsinnyder.

Hver av partene i MML har, under avtaleperioden for deltagelsen i samarbeidet gjennom MML, påtatt seg ikke å konkurrere med aktivitetene i MML.

MML har videre inngått en konsulentavtale med et firma som skal yte konsulenttjenester innenfor områdene salg, markedsføring og leveranseoppfølging. Konsulentavtalen inneholder et konkurranseforbud hvor konsulentselskapet vedtar å ikke konkurrere mot MML i en periode på 12 måneder etter opphør av avtalen.

### ***Partene i MML***

Thistle Aggregates Ltd. er eid av Ennstone Plc. i Storbritannia. Ennstone driver etter det tilsynet kjenner til virksomhet innen flere forretningsområder knyttet til stein- og betongindustri, mens Thistle Aggregates Ltd produserer asfaltbaserte produkter, herunder skjøtemasse.

Hesselberg Hydro er et selskap som har spesialisert seg på bruk av asfaltmaterialer som tetningsmasse i hydrauliske anlegg i tilknytning til demninger og vannreservoarer. Hesselberg Hydro har ifølge søknaden ikke tidligere levert eller forsøkt å levere skjøtemasse til undersjøiske kabler. Det er ikke opplyst i søknaden hvor Hesselberg Hydro Ltd. har lokalisert sin produksjon.

Bitumarin er et nederlandsk selskap som i hovedsak leverer tetningsmasse til vannanlegg, både i Nederland og i resten av verden. Bitumarin leverer i dag hovedsakelig to typer av slik tetningsasfalt. En kalles Fixtone og en annen Gietasfalt (støpeasfalt) som har ulike, spesialiserte egenskaper. Heller ikke Bitumarin har ifølge MML tidligere deltatt som leverandør av skjøtemasse til undersjøiske kabler.

Ifølge beskrivelsen av kontrakten mellom partene som samarbeider gjennom MML, kom Bitumarin inn i samarbeidet fordi produktet Hesselberg Hydro hadde utviklet, skulle produseres ved hjelp av utstyr fra Bitumarin. Bitumarin er ut ifra egen framstilling langt fremme teknologisk når det gjelder framstilling av ulike typer asfalt. Som patenthaver av granulatproduktet antas også Hesselberg Hydro å inneha betydelig kompetanse om asfaltprodukter.

Rieber & Søn ASA ble brakt inn i samarbeidet i januar 1997. I følge søknaden opplyses at Rieber & Søn skal være involvert i produksjon, markedsføring og salg av marine mastic i granulatform. I følge Rieber & Søns internettsider, er Nodest Asfalt en betydelig privat aktør i det norske markedet for asfalt med en markedsandel på ca. 21%

### ***Det relevante markedet***

Partene som deltar i samarbeidet gjennom MML produserer asfaltbasert skjøtemasse. Dette produktet brukes som tetningsmasse for tildekning av undersjøiske rørledninger.

MMLs produkt er et såkalt granulat. Det anføres i dispensasjonssøknaden at dette produktet er i konkurranse med andre produkter som brukes til skjøtemasse for rørledninger under vann. Disse produktene er tradisjonell asfaltbasert skjøtemasse, annen asfaltbasert granulat, hurtigtørkende betong og harpiksbasert skum.

Konkurransetilsynet har vært noe i tvil om det relevante produktmarkedet i denne saken må avgrenses til skjøtemasse for rørledninger under vann, eller om det kan defineres videre til skjøtemasse for rør mer generelt. Tilsynet antar imidlertid at teknologien og prosessen for tetning av rør under vann skiller seg fra den teknikken som benyttes for tildekning av rør ellers, og at dette også innvirker på substitusjonsmulighetene. Tilsynet legger derfor til grunn at det relevante produktmarkedet må avgrenses slik det gjøres i dispensasjonssøknaden, dvs. til markedet for skjøtemasse for dekning av undersjøiske rørledninger.

Det er i første rekke transportkostnader som begrenser markedet til disse produktene. For harpiksbasert skum vil transportkostnader ha liten betydning fordi den delen av produktet som ikke kan tilvirkes lokalt har lav vekt og volum. Det er opplyst at harpiksbasert skum er et bindemiddel som ekspanderer 20 ganger, og at tilslagsmaterialet alltid vil kunne leveres lokalt.

Når det gjelder betong og asfalt kjennetegnes disse produktene ved høye transportkostnader. Markedet for levering av betong og asfalt til skjøting av rørledninger er derfor ikke globalt slik tilfellet er med harpiksbaserte produkter. Konkurransetilsynet antar at det også vil være forskjeller i transportkostnader fra ulike steder innen Nord-Europa for levering til prosjekter i ulike deler av Nordsjøen med tilstøtende nordeuropeiske sjøområder. Partene foreslår imidlertid at det geografiske markedet begrenses til rørledninger i Nordsjøen med tilstøtende nordeuropeiske sjøområder, og forutsetter dermed at transportkostnadene innen dette geografiske markedet er relativt små. Konkurransetilsynet legger til grunn at dette er det relevante geografiske markedet, men antar at høye transportkostnader kan bety at ulik geografisk plassering av produksjonen kan ha innvirkning på produsentenes konkurranseevne i de enkelte prosjekter som legges ut for anbud.

Etter dette får vi følgende aktører i det relevante markedet:

SLP/Tarmac,  
SPS,  
Guaranteed Asphalt,  
Permanite Asphalt,  
Metrotect,  
Norcrete,  
H.I. Screte og  
Isver Blocks  
U.P.I.

Floatec Corp  
Camira

### ***Forholdet til konkurranseloven***

Det er opplyst av dispensasjonssøker at samarbeidet gjennom MML er vurdert i forhold til EF art. 81 (tidligere art. 85)/EØS art. 53, og at samarbeidet ikke er notifisert ESA eller EU-kommisjonen. Tilsynet finner imidlertid grunn til å påpeke at selv om samarbeidet mellom selskapene skulle omfattes av EØS-avtalens artikkel 53 (1), vil konkurranseloven av 11. juni 1993 nr. 65 gjelde like

fullt. Først når et samarbeid omfattes av et fritak i henhold til EØS-avtalens artikkel 53 (3), vil dette ha betydning for Konkurransetilsynets kompetanse. (Jfr. tilsynets vedtak V98/74, Interlining (sak 98/1146.)

Siden det foreliggende samarbeidet ikke er individuelt fritatt fra forbudet i EØS-avtalens artikkel 53 (1), eller det foreligger et gruppefritak som fritar samarbeidet, vil EØS-avtalen ikke få betydning for tilsynets kompetanse til å gi dispensasjon fra konkurranselovens forbud i denne saken.

Konkurransetilsynet har derfor ikke funnet det nødvendig å gå nærmere inn på hvorvidt samarbeidet påvirker samhandelen merkbart.

Konkurransetilsynet gjør oppmerksom på at det er foretakenes ansvar å avklare forholdet til EØS-reglene. En dispensasjon gitt av tilsynet gjelder kun fra konkurranselovens forbud, ikke EØS-avtalens.

Tilsynet har i tidligere saker (Jfr f eks sak 98/692 ØkoKraft og sak 98/78 Fugro) vedrørende fellesforetak lagt til grunn at det ved vurdering av fellesforetaket må tas stilling til om saken skal bedømmes etter regelen for bedriftserverv (§3-11) eller forbudsbestemmelsene, eventuelt § 3-10. (Et selvstendig fungerende fellesforetak kan imidlertid samtidig innebære et samarbeid som må vurderes etter forbudsbestemmelsene.) Det er tidligere lagt til grunn at de retningslinjer Kommisjonen har fastsatt for denne grensedragningen kan gi en viss veiledning ved avgjørelsen etter konkurranseloven. ( Jfr sak 98/692 ØkoKraft.)

Ved denne vurdering vil de sentrale kriterier være om det skjer en overføring av realia til det felles foretak, og om det felles foretak er i besittelsen av tilstrekkelig ressurser til å fungere som en selvstendig markedsaktør.

Fordi MML er en ren salgs- og markedsføringsorganisasjon uten ansatte, og fordi det er partene selv som er ansvarlige for produksjon og leveranse av produktet, legger tilsynet til grunn at MML er et "kooperativt fellesforetak" som må bedømmes etter konkurranselovens forbudsbestemmelser, og ikke etter reglene om bedriftserverv. Ut fra de opplysningene som foreligger i saken kan tilsynet ikke se at MML er i besittelse av tilstrekkelige ressurser til å fungere som en selvstendig markedsaktør. Videre er det kun to av partene i samarbeidet som eier MML. De øvrige to samarbeidsselskapene er kun tilsluttet gjennom samarbeidsavtaler med eierne av MML, og ikke gjennom eierskap. Samarbeidet mellom deltagerne som ikke har noen eierposisjon i MML må derfor uansett bedømmes etter forbudsbestemmelsene.

Ut fra ovennevnte må derfor samarbeidet mellom partene gjennom MML betraktes som en samordning av konkurranseatferden mellom fire fortsatt uavhengige selskap. Samarbeidet mellom Thistle Aggregates Ltd, Hesselberg Hydro 1991 Ltd. (eierne av MML), Bitumarin Offshore B.V. og Rieber & Søn ASA gjennom Nodest Asphalt, må derfor anses som en ordning med felles salgskontor som må vurderes etter forbudsbestemmelsene i konkurranseloven.

Konkurranselovens krav til saklig virkeområde etter krrl §§ 1-3 er oppfylt. Det må imidlertid tas konkret stilling til om krrls krav til stedlig virkeområde etter § 1-5 er oppfylt.

Krrl. § 1-5 lyder:

" Loven gjelder vilkår, avtaler og handlinger som foretas, som har virkning eller som er egnet til å ha virkning her i riket.  
Vilkår, avtaler og handlinger omfattes ikke i den utstrekning de utelukkende har eller er egnet til å virkning utenfor riket, med mindre Kongen beststemmer det."

Samarbeidet mellom partene inkluderer slik det er beskrevet i dispensasjonssøknaden tre utenlandske rettssubjekter, Bitumarin B.V, Hesselberg Hydro Ltd. og Thistle Aggregates Ltd, og produktet det samarbeides om gjelder levering av asfaltbasert skjøtemasse til undersjøiske rørledninger i Nordsjøen. Tilsynet forstår det slik at partene, forutsatt anbudsinnbydelse, muligens vil inngi tilbud på leveranse av skjøtemasse til rørledninger på den norske kontinentalsokkelen.

Spørsmålet er derfor om de reguleringene samarbeidet medfører, har eller er egnet til å ha virkning her i riket eller, motsetningsvis, utelukkende har eller er egnet til å ha virkning utenfor riket.

I forarbeidene til konkurranseloven angis ikke hva som menes med uttrykket " riket". Konkurransetilsynet har imidlertid tidligere lagt til grunn at uttrykket "riket" omfatter den norske kontinentalsokkelen (Jfr sak 94/1485). Tilsynet legger denne tolkingen til grunn også for vurderingen av denne saken.

Med bakgrunn i at de samarbeidende partene kan tenkes å få leveranser av skjøtemasse på den norske kontinentalsokkelen, er konkurranselovens krav til stedlig virkeområde oppfylt.

### ***Krrl § 3-2***

Forbudet etter krrl § 3-2 første ledd gjelder mot å "fastsette eller søke å påvirke priser, mengdeberegninger eller andre vilkår ved tilbud, fordeling av tilbud eller at noen ervervsdrivende skal avstå fra å inngi tilbud".

Etter samarbeidsavtalene som gjelder mellom partene i MML kan partene bestemme prisene, herunder også påslag for administrasjonskostnader og avanser som indirekte får betydning for sluttprisene.

I motsetning til etter krrl § 3-1, som uttrykkelig nevner "priser, avanser eller rabatter", nevnes i krrl 3-2 kun "priser". Et nærliggende spørsmål blir da om denne forskjellen har vært tilsiktet fra lovgiver, slik at et samarbeid om avanser ikke omfattes av forbudet etter krrl § 3-2.

Av forarbeidene (Jfr Ot.prp. nr. 41 (1991-92) side 107) til krrl § 3-2 fremkommer imidlertid at bestemmelsen setter forbud mot "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". I tillegg kan dette sies å følge direkte av lovens ordlyd, jf. uttrykket "andre vilkår". Samarbeidet om påslag for administrasjonskostnader og avanser vil derfor rammes av forbudet etter krrl. § 3-2.

Den beskrevne praksis mht. utvelgelsen av anbud mellom partene medfører samtidig at de av partene i MML som ikke går videre fra den "interne" anbudskonkurransen skal "avstå fra å inngi anbud", jf. ordlyden i krrl § 3-2. At de øvrige partene må avstå fra å innlevere anbud følger dessuten uansett av de vedtatte konkurranseforbud som gjelder i kontraktperioden for deltagelse i samarbeidet gjennom MML.

MML-partenes avtaler og praksis strider ut fra ovennevnte mot krrl § 3-2.

### ***Er samarbeidet "egnet til å påvirke konkurransen"?***

Forbudene etter krrl §§3-1 til 3-3 og § 3-4 krever som selvstendig vilkår at samarbeidet må være "egnet til å påvirke konkurransen", jf. lovens ordlyd.

Etter tilsynets oppfatning innebærer vilkåret om "egnet til å påvirke konkurransen" blant annet at en aktuell eller potensiell konkurranse innenfor ett eller flere relevante markeder må kunne bli påvirket. At forbudsbestemmelsene er ment å ramme konkurransereguleringer mellom så vel aktuelle som potensielle konkurrenter fremkommer videre av konkurranselovens forarbeider. (Jfr Ot.prp. nr. 41 (1991-92) side 49.)

Det relevante markedet er som nevnt ovenfor avgrenset til skjøtemasse for tetning av undersjøiske rørledninger i Nordsjøen med tilstøtende nordeuropeiske sjøområder.

Fordi ingen av partene i MML, unntatt Thistle Aggregates Ltd, tidligere har vært involvert i produksjonen av det aktuelle produktet, og partenes adgang til benyttelse av produksjonsteknikken for produktet er basert på lisens, var partene før inngåelsen av samarbeidet gjennom MML ikke å regne som aktuelle konkurrenter. Samarbeidet mellom partene medfører derfor ikke at noen aktuell konkurranse i markedet for skjøtemasse til undersjøiske rørledninger i Nordsjøen med tilstøtende nordeuropeiske sjøområder påvirkes.

Det må derfor avgjøres konkret om partene som deltar i samarbeidet gjennom MML var å regne som potensielle konkurrenter i det aktuelle relevante markedet på tidspunktet for inngåelsen av avtalene om samarbeid gjennom MML.

Som nevnt ovenfor gir forarbeidene til konkurranseloven klare holdepunkter for at prissamarbeid mellom potensielle konkurrenter er i strid med konkurranseloven. Imidlertid inneholder forarbeidene ingen holdepunkter for å avgjøre når aktører må regnes som "potensielle" konkurrenter. Ordlyden i forbudsbestemmelsene gir heller ingen veiledning.

I EØS-retten er begrepet "potensielle konkurrenter" gitt et innhold i forbindelsen med behandlingen av fellesforetak (joint ventures) under art. 53(1). (EFTAs Overvåkningsorgans kunngjøring om vurdering av fellesforetak opprettet med sikte på samarbeid i henhold til EØS-avtalens art. 53, EØS-tillegget til EFT 1994 C 22/04, punkt 18 følgende.) Også i EFTAs Overvåkningsorgans kunngjøring om samarbeid mellom foretak i form av avtaler, beslutninger og samordnet opptreden kommer man inn på spørsmålet. (EØS-tillegget til EFT 1994 C 15/24, punkt 5 og 6.) I disse kunngjøringer legges det vekt på blant annet følgende:

- Er det ut fra de faktiske forhold i en bestemt sak sannsynlig at deltakerne i samarbeidet i overskuelig fremtid kan komme til å konkurrere med hverandre med hensyn til de aktuelle varer eller tjenester?
- Erfaring, spesialisert kunnskap, kapasitet
- Finansiell styrke, ledelseskompetanse, nødvendige forsyningskilder for råmaterialer.
- Produksjonsteknikk, tilgang til det nødvendige produksjonsutstyr.
- Er den faktiske eller potensielle etterspørsel tilstrekkelig høy til at deltakerne i samarbeidet kunne konkurrert med hverandre?
- Tilgang til distribusjonskanaler.
- Teknisk og økonomisk risiko som må tas for å etablere seg på markedet.
- Hindringer for adgang til det relevante marked, muligheten for å vinne innpass på det relevante marked, mulighet for å overvinne hindringene inne rimelig tid uten uforholdsmessige store byrder og kostnader.

Tilsynet legger til grunn at disse momentene kan være av veiledende art for tolkingen av begrepet "potensielle konkurrenter" slik dette benyttes i forarbeidene for å illustrere rekkevidden av uttrykket "egnet til å påvirke konkurransen". At det er relevant å se hen til EF/EØS-retten ved avgjørelsen av tolkingsspørsmål under konkurranseloven følger av alminnelig rettskildelære og juridisk metode, og også direkte av konkurranselovens forarbeider. (Jf. NOU 1991: 27 side 187.)

Det må derfor foretas en konkret vurdering av om partene som nå samarbeider gjennom MML var å regne som potensielle konkurrenter på tidspunktene for inngåelse av samarbeidsavtalene. Denne avgjørelsen må foretas etter en konkret helhetsvurdering, blant annet med bakgrunn i de momenter som er relevante under EØS art. 53.

Det er tilsynets oppfatning at selv om bare Thistle Aggregates Ltd. tidligere har vært involvert i

produksjonen av asfaltbasert skjøtemasse, ville det vært mulig for de øvrige partene i MML, enten alene eller i samarbeid med andre parter, å etablere produksjon av og deltagelse i markedet for skjøtemasse til undersjøiske rørledninger med andre produksjonsmetoder for asfaltbasert skjøtemasse enn hva partene i MML benytter, eller for øvrig at partene kunne etablere produksjon av andre substituerbare produkter. I denne sammenheng påpekes at asfaltbasert skjøtemasse kan produseres med andre produksjonsmetoder enn hva deltagerne i MML gjør. Det vises her til at MMLs viktigste konkurrent (SLP/Tarmac) - etter MMLs inntreden i markedet - omstilte sin produksjonsteknikk og som følge av dette nå leverer skjøtemasse i granulatform etter en produksjonsprosess som ikke gjør inngrep i Hesselberg Hydros patent. Dette styrker tilsynets vurdering av at produksjonsteknikken ikke utgjør et tilstrekkelig hinder for nyetablering i markedet for skjøtemasse til dekning av undersjøiske rørledninger.

Videre har tilsynet lagt en viss vekt på opplysningene i dispensasjonssøknaden om at Rieber & Søn ASA, Nodest Asphalt tidligere har forsøkt å komme inn i markedet. Dette styrker etter tilsynets vurdering en oppfatning av at Rieber & Søn ASA, Nodest AS før inngåelsen av samarbeidsavtalen gjennom MML måtte regnes som potensiell konkurrent til allerede etablerte Thistle Aggregates Ltd. Forsøket på etablering indikerer i det minste at selskapet etter egen vurdering hadde hatt evne til å levere et tilsvarende konkurransedyktig produkt. At Bitumarin kom inn i samarbeidet fordi produktet Hesselberg Hydro hadde utviklet, skulle produseres ved hjelp av utstyr fra Bitumarin, og at Bitumarin før inntreden i samarbeidet gjennom MML leverte tetningsmasse til vannanlegg i Nederland og i resten av verden (dvs. tilstøtende aktiviteter/markeder), taler ytterligere for at partene var å regne som potensielle konkurrenter.

Ut fra den fremstillingen som er gitt av det relevante markedet antas at de øvrige aktørene som er oppregnet i listen over aktører i det relevante markedet, mest sannsynlig har hatt det samme utgangspunktet som de deltagende parter i samarbeidet gjennom MML. At disse faktisk har klart å etablere seg i markedet taler ytterligere for at partene som nå samarbeider gjennom MML var å regne som potensielle konkurrenter.

Helhetlig vurdert legger tilsynet, på bakgrunn av ovennevnte momenter, til grunn at partene i MML i tilstrekkelig grad var å regne som potensielle konkurrenter. Vilkåret om at samarbeidet må være "egnet til å påvirke konkurransen" er dermed oppfylt.

### ***Krrl § 3-1***

I dispensasjonssøknaden er det lagt til grunn at samarbeidet gjennom MML også vil stride mot forbudet etter krrl § 3-1.

Fordi krrl § 3-2 setter forbud mot partenes fastsetting og avtaler om priser, påslag for administrasjonskostnader og andre avansetillegg ved anbud, ville det kun være nødvendig med dispensasjon fra forbudet etter krrl § 3-1 dersom partene - i motsetning til ved anbudsinnbydelser - uoppfordret ville kommet med pristilbud. Det er i telefonsamtale og senere telefaks opplyst at samarbeidet i MML utelukkende gjelder anbudssamarbeid, og at MML selv ikke vil inngi noe tilbud uten forutgående anbudsinnbydelse.



Ettersom partene kun vil samarbeide om inngivelse av tilbud ved anbud, vil det ikke være nødvendig å dispensere fra krrl § 3-1, da det beskrevne samarbeidet ikke vil stride mot krrl § 3-1.

### ***Krrl § 3-3***

Det kan reises spørsmål om de konkurranseforbud partene i MML har vedtatt samtidig innebærer markedsdeling i strid med krrl § 3-3.

Tidligere var så å si ethvert konkurranseforbud ansett for å stride mot krrl § 3-3. Tilsynet har imidlertid i senere praksis (Jfr. for eksempel V98/92- Grenland Transport, sak 97/1430) lagt til grunn et mer nyansert syn.

Konkurranseforbud innebærer at deltagerne ikke står fritt til å handle i markedet på egen hånd. Dette innebærer utvilsomt en konkurransebegrensning. Spørsmålet er imidlertid om dette også er "markedsdeling" i lovens forstand.

Av Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse i Rt. 1999 s. 285, Oppdal S-lag, følger at det først vil foreligge markedsdeling i lovens forstand når ett eller flere markeder deles mellom konkurrenter eller fremtidige konkurrenter for å oppnå en gjensidig beskyttelse mot konkurranse.

I tilsynets vedtak V98-92 ble det også drøftet inngående når konkurranseforbud innebar markedsdeling i lovens forstand. Det gjaldt her avtalte konkurranseforbud i et salgs-joint venture. (Det ble i vedtaket også uttalt at problemstillingen langt på vei var den samme i lignende konkurranseforbud i andre kontraktsformer, for eksempel selskapsforhold, kjede- og franchiseforhold samt andre former for joint ventures enn salgs-jv.) Tilsynet la i V98-92 til grunn, blant annet under henvisning til uttalelser i konkurranselovens forarbeider, lojalitetsplikten i kontraktsforhold, samt bestemmelser i avtaleloven (§ 38), agentloven (§§34 og 36), selskapsloven (§ 2-23) og markedsføringsloven §§ 7,8 eller § 8a, jfr. § 1, at slike konkurranseforbud isolert sett ikke innebar markedsdeling i lovens forstand.

Med utgangspunkt i de momenter som fremgår av V98-92 er det tilsynets vurdering at de konkurranseklausuler partene som samarbeider gjennom fellesforetaket Marine Mastic Ltd. har vedtatt, ikke utgjør markedsdeling i krrl § 3-3s forstand. Videre synes den gjensidige beskyttelse som karakteriserer markedsdeling å mangle, jf. kjennelsen i Rt. 1999 s. 285.

Tilsynets legger derfor til grunn at de vedtatte konkurranseforbud ikke representerer noen markedsdeling i strid med krrl § 3-3.

### ***Får unntaket for prosjektsamarbeid etter krrl § 3-5 anvendelse?***

I dispensasjonssøknaden er det oppgitt at partene i MML skal inngå en kontrakt som skal dekke hvert enkelt prosjekt, og som tar hensyn til de konkrete leveringsvilkår som vil gjelde. Det kan derfor reises spørsmål om unntaket for prosjektsamarbeidet får anvendelse.

Fordi partene er forpliktet av bakenforliggende avtaler som gjelder generelt under hele kontraktsperioden for deltagelsen i samarbeidet gjennom MML, vil partene være løpende

kontraktsrettslig forpliktet ovenfor hverandre uavhengig av de enkelte prosjektavtalene. På denne bakgrunn er det tilsynets vurdering at det samarbeides på et så generelt, og på et så vidt varig grunnlag, at unntaket for prosjektsamarbeid ikke kommer til anvendelse på samarbeidet mellom partene.

### ***Om samarbeidsavtalen med konsulentselskapet***

Da samarbeidsavtalen for partene utgjør et innkjøpssamarbeid, vil samarbeidsavtalen ikke stride mot noen av forbudsbestemmelsene i konkurranseloven fordi disse retter seg mot salgssamarbeid, og ikke innkjøpssamarbeid.

Samarbeidsavtalen med konsulentselskapet er ikke i strid med konkurranselovens forbudsbestemmelser.

### ***Dispensasjon etter krrl § 3-9 a) - d)***

Ut fra drøftelsen over vil samarbeidet mellom partene gjennom MML kun være i strid med krrl § 3-2, og ikke krrl §§ 3-1 og 3-3. Det vil derfor være nødvendig med dispensasjon med hjemmel i krrl § 3-9 a) - d) fra krrl § 3-2 dersom samarbeidet skal kunne gjennomføres. Krrl § 3-9 første ledd lyder:

"Konkurransetilsynet kan ved enkeltvedtak eller forskrift dispensere fra forbudene i §§ 3-1 til 3-4 dersom:

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

For å kunne ta stilling til om noen av de alternative vilkårene i krrl § 3-9 a) - c) er oppfylt, må konkurranseforholdene i det aktuelle relevante markedet analyseres konkret.

Dispensasjonssøker har prinsipalt anført at det kan innvilges dispensasjon med hjemmel i krrl § 3-9 c). Hvorvidt vilkårene etter § 3-9 c) er oppfylt vurderes derfor først.

### ***Vurdering av konkurransesituasjonen***

#### ***Konkurransen mellom hovedforetakene i MML***

Fordi ingen av partene i MML, unntatt Thistle Aggregates Ltd, tidligere har vært involvert i produksjonen av det aktuelle produktet, og partenes adgang til benyttelse av produksjonsteknikken for produktet er basert på lisens, var partene før inngåelsen av samarbeidet gjennom MML ikke å regne som faktiske konkurrenter i markedet for skjøtemasse for tildekning av undersjøiske rørledninger.

Gjennom samarbeidsavtalen ble imidlertid samtlige deltagere i stand til å levere asfaltbasert skjøtemasse til undersjøiske rørledninger. Thistle Aggregates har uavhengig av det nye samarbeidet

tidligere vært aktive i dette markedet. Tilsynet antar at samarbeidet mellom partene gjennom MML ikke ville ha blitt etablert dersom Thistle Aggregates ikke allerede var etablert i markedet, men at markedsposisjonen for Thistle Aggregates Ltd. muligens ville ha blitt svekket uten samarbeidet mellom partene gjennom MML, pga. Hesselberg Hydros innføring av en ny, ressursbesparende og mer effektiv produksjonsmetode for tildekning av undersjøiske rørledninger.

Et hinder for at Hesselberg Hydro, Rieber & Søn ASA og Bitumarin skulle kunne gå over i det relevante markedet med sine produkter er imidlertid at disse selskapene ikke har erfaring og kunnskaper om det relevante markedet. Hindrene for å gå inn i markedet for skjøtemasse til undersjøiske rørledninger er imidlertid ikke nødvendigvis så store at partene ikke ville kunne gå inn dersom prisene i dette markedet skulle tillate det. De hindringene som eksisterer vil imidlertid være en forklaring på hvorfor selskapene ønsker å samarbeide gjennom MML fremfor å satse på egen hånd i dette markedet.

Det vises her for så vidt til drøftelsen under avsnittet "egnet til å påvirke konkurransen", og på denne bakgrunn legger tilsynet til grunn at partene som nå samarbeider gjennom MML uansett var å regne som potensielle konkurrenter i markedet for skjøtemasse til dekning av undersjøiske rørledninger på tidspunktet samarbeidsavtalene ble inngått.

Samarbeidet vil derfor uansett være egnet til å eliminere en potensiell konkurransesituasjon mellom Thistle og andre deltagere i samarbeidet.

### ***Konkurransen i markedet***

I søknaden listes det opp fem konkurrenter til MML på asfaltbasert skjøtemasse. Disse er SLP/Tarmac, SPS, Guaranteed Asphalt, Permanite Asphalt og Metrotect. Siden enkelte av disse produsentene også er underleverandører til den største produsenten av dette produktet, kan ikke Konkurransetilsynet umiddelbart ut i fra disse opplysningene konkludere med at konkurransen i markedet er tilfredsstillende.

Den viktigste konkurrenten til MML er SLP/Tarmac. Dette selskapet har selv utviklet en produksjonsmetode for asfaltbasert skjøtemasse i granulatform som ikke gjør inngrep i Hesselberg Hydros patent. Etter det Konkurransetilsynet kjenner til, er disse to selskapene de eneste som produserer slik skjøtemasse. Tilsynet har imidlertid lagt til grunn at det relevante marked også inkluderer hurtigtørkende betong og harpiks. I søknaden listes det opp til sammen ytterligere seks konkurrenter innen disse produktene. Det er her ikke oppgitt at noen av disse konkurrentene samarbeider eller leverer til konkurrerende produsenter innen det samme relevante marked, eller for øvrig noe om disse leverandørenes posisjon i markedet.

MML hadde i 1997 76-92% av markedet og i 1998 25-34% etter egen vurdering. Den høye markedsandelen i 1997 var et resultat av at MML på dette tidspunkt kunne levere asfaltbasert skjøtemasse i granulatform mer effektivt enn SLP/Tarmac. Det påfølgende året fikk MML igjen betydelig konkurranse fra SLP/Tarmac, etter at dette selskapet hadde utviklet en metode for å fremstille samme produkt i granulatform som i effektivitet tilsvarte MMLs.

Endringene av markedsandelene fra 1997 til 1998 kan være en indikasjon på at konkurransen i

markedet er sterkere enn det markedsandelene nødvendigvis tilsier. Markedsandelene for de enkelte år trenger derfor ikke nødvendigvis å være betegnende for hvilken markedsakt det enkelte selskap kan utøve. Endringene i markedsandelene gir også inntrykk av betydelig konkurranse gjennom utviklingen av ny teknologi fra SLP/Tarmac sin side. I 1997 har for eksempel MML hatt mesteparten av markedet. Likevel synes det å ha vært mulig for andre, og uansett for SLP/Tarmac, å øke leveransene slik at MML i 1998 kun hadde rundt en tredjedel av markedet.

Selv om ingen av partene, bortsett fra Thistle Aggregates, tidligere har deltatt i markedet og partene derfor ikke var faktiske konkurrenter, må partene etter tilsynets oppfatning allikevel regnes som potensielle konkurrenter. Partenes faktiske posisjon på tidspunktet for inngåelsen av samarbeidsavtalene gir derfor ikke grunnlag for å innvilge dispensasjon med hjemmel i § 3-9 c). Videre er tilsynet ikke enig i at det kan gis dispensasjon med hjemmel i krrl § 3-9 c) fordi ordrene tildeles etter anbudskonkurranser, og markedsandelene derfor ikke nødvendigvis gir uttrykk for den reelle konkurransesituasjonen. Dette begrunnes i at det etter tilsynets praksis normalt sett ikke innvilges dispensasjon etter § 3-9 c) med slike markedsandeler partene som samarbeider gjennom MML hadde i 1997 og 1998. Etter tilsynets vurdering gir heller ikke ovennevnte momenter samlet sett grunnlag for å innvilge dispensasjon etter krrl § 3-9 c).

Ettersom dispensasjonssøkers prinsipale grunnlag for dispensasjon ikke fører frem, vil det måtte vurderes om noen av de øvrige vilkårene etter krrl § 3-9 a), b) eller d) er oppfylt.

Konkurransetilsynet er av den oppfatning at konkurransebegrensningen som følger av samarbeidet mellom partene gjennom MML ikke er spesielt sterk. Det er da lagt vekt på at kun Thistle Aggregates Ltd. var etablert i markedet før opprettelsen av MML. De øvrige partene var kun å regne som potensielle konkurrenter.

Videre er det vektlagt at konkurransen i markedet mellom de aktørene som allerede var etablerte i markedet både før opprettelsen av MML i 1995 og inngåelsen av samarbeidsavtalene i 1997 var relativt sterk. Det vises her til listen over aktører gjengitt over som inkluderer produsenter av harpiksbasert skum og betong, at totalmarkedet for skjøtemasse i 1995 utgjorde ca NOK 50-60 millioner, og at leveransene ble tildelt etter forutgående anbudskonkurranser. Konkurransetilsynet antar derfor at det potensielle konkurranstrykket Bitumarin B.V., Hesselberg Hydro Ltd og Rieber & Søn ASA, Nodest Asfalt representerte ikke hadde vesentlig betydning for konkurransen i markedet. Selv om derfor etableringen av MML og de samarbeidsavtalene som senere ble inngått medførte bortfall i antallet potensielle konkurrenter, er det tilsynets vurdering at bortfallet av denne potensielle konkurransen ikke kan antas å ha hatt særlig store konsekvenser. Når markedet som nevnt også inkluderer harpiksbasert skum og betong antar tilsynet at Hesselberg Hydro Ltd, Bitumarin B.V. og Rieber & Søn, Nodest Asfalt heller ikke var de eneste potensielle konkurrentene i det aktuelle markedet. Videre synes etableringshindringene for inntreden i markedet for skjøtemasse til dekning av undersjøiske rørledninger ikke å være uoverstigelige.

I vurderingen av styrken av konkurransereguleringen er det også relevant å se hen til graden av kjøpermakt. Som følge av at kontraktene tildeles etter forutgående anbudskonkurranser, at disse er relativt få, men med høye transaksjonsverdier, antas kjøperne å kunne begrense mulighetene for

utøvelse av markedsrett fra tilbyderne. At en av avtakerne av skjøtemasse for dekning av undersjøiske rørledninger, ETPM McDermott i Frankrike, faktisk initierte opprettelsen av MML, kan etter tilsynets vurdering også være en viss indikasjon for tilstedeværelsen av en viss kjøperinnflytelse over markedet.

På bakgrunn av ovenstående er det derfor tilsynets vurdering av den konkurransebegrensende virkningen av opprettelsen av MML og samarbeidet mellom partene gjennom MML er liten.

I forhold til dispensasjonsvilkårene etter krrl § 3-9 b) er dette imidlertid ikke tilstrekkelig for å innvilge dispensasjon. Det må i tillegg påvises eller sannsynliggjøres effektivitetsgevinster som mer enn overstiger tapet ved konkurransebegrensningen.

Etablering i Norge på annen måte enn via en norsk asfaltprodusent (Nodest) ville måtte skje ved at et av de andre medlemmene i MML etablerte seg her. Dette ville imidlertid vært forbundet med en risiko som unngås ved at en norsk produsent får retten til å delta i de interne anbudskonkurranser. Etablering av en helt ny virksomhet i Norge innebærer også etablerings/implementasjonskostnader som unngås ved at Rieber & Søn står for en eventuell produksjon i Norge. Produksjonen vil med norsk deltakelse kunne gjøres billigere i enkelte prosjekt der kostnadene ved levering er geografisk betinget, for eksempel på grunn av transportkostnader. Det fremheves også av dispensasjonssøker at Rieber & Søn ASA selv vektlegger at partene i samarbeidet har produksjonskapasiteten i flere land, noe som gjør at MML kan produsere skjøtemassen der det er billigst. Dette kan igjen være en fordel i forbindelse med større rørleggingsprosjekter mellom land.

I søknaden nevnes det at Nodest Asfalt tidligere har forsøkt å komme seg inn på markedet, men at dette ikke lyktes. Det antas at Nodest Asfalt kan ha konkurransemessige fordeler ved levering til enkelte prosjekter på norsk sokkel på grunn av transportkostnader. Dette selskapet har på sin side ikke den patentbeskyttede teknologien til MML. Fellesforetaket og Rieber & Søn antas derfor å kunne ha forskjellige konkurransemessige fordeler ved salg av skjøtemasse til deler av det relevante marked.

Det synes klart at utvekslingen av teknologien for produksjon av asfaltbasert skjøtemasse i granulatform gjør hvert selskap bedre i stand til å delta på markedet enn om de hadde operert hver for seg.

Ut fra ovennevnte synes det altså å være klare effektivitetsgevinster forbundet med samarbeidet. Fordi den konkurransebegrensende virkningen av samarbeidet gjennom MML er vurdert som liten, skal det mindre effektivitetsgevinster til før konkurransebegrensningen er mer enn oppveiet. Etter tilsynets vurdering er de effektivitetsgevinstene som samarbeidet mellom partene gjennom MML utløser store nok til at de mer enn oppveier tapet ved konkurransebegrensningen.

### ***Konklusjon og vedtak***

Konkurransetilsynet mener på bakgrunn av drøftelsen over at samarbeidet kan gis dispensasjon etter konkurranseloven § 3-9, bokstav b).

Det er derfor fattet følgende vedtak, med hjemmel i konkurranseloven § 3-9 b):

**Thistle Aggregates Ltd, Hesselberg Hydro 1991 Ltd, Bitumarin B.V. og Rieber &**

**Søn ASA, Nodest Asfalt gis dispensasjon fra krrl § 3-2 til å samarbeide ved anbud om salg og levering av asfaltbasert skjøtemasse for tetning av undersjøiske rørledninger i Nordsjøen med tilstøtende nordeuropeiske sjøområder gjennom Marine Mastic Ltd.**

**Dispensasjonen er betinget av at MML informerer Konkurransetilsynet om enhver fremtidig realitetsendring i samarbeidet mellom de nevnte partene. Vedtaket trer i kraft straks og gjelder frem til den 1. juni 2004.**

Det gjøres oppmerksom på at dispensasjonen kan trekkes tilbake dersom vilkårene for dispensasjonen ikke er oppfylt eller forutsetningene for dispensasjonen ikke lenger er til stede, jfr krrl § 3-9 siste ledd.

Det gjøres oppmerksom på at vedtaket kan påklages innen tre uker. En eventuell klage stiles til Arbeids- og administrasjonsdepartementet, men sendes Konkurransetilsynet. For øvrig vises det til vedlagte skjema "Melding om rett til å klage over forvaltningsvedtak".

Dersom det er behov for dispensasjon utover det tidsrom som dispensasjonen er innvilget for, bes De søke om forlengelse i god tid før dispensasjonen utløper.

[til toppen](#)