

Thommessen Krefting Greve Lund AS
Eivind Vesterkjær / Thomas Sando
Postboks 1484 Vika
0116 Oslo

OFFENTLIG VERSJON

Deres ref.:

Vår ref.: 2006/200
MAB JAPF 451.0

Dato: 14. mars 2008

Vedtak V2008-5 – Brenntag Nordic AS – konkurranseloven §§ 12 og 29 jf. § 10 og EØS-avtalen artikkel 53 jf. EØS- konkurranseloven § 6 – vedtak om pålegg om opphør og overtredelsesgebyr

Det vises til Konkurransetilsynets varsel av 29. juni 2006 om pålegg om opphør av markedsdelingssamarbeid for teknisk eddiksyre og overtredelsesgebyr (heretter varselet), Brenntag Nordic AS' tilsvarende til varselet av 26. september 2007, samt øvrig korrespondanse og kontakt i saken.

Etter en vurdering av de foreliggende opplysninger har Konkurransetilsynet kommet til at Borregaard Industries Limited (Borregaard) og Brenntag Nordic AS (Brenntag) i perioden fra 1. oktober 2002 og minst til 26. april 2006, på en ulovlig måte har delt markedet for teknisk eddiksyre i Norge. Fra 1. mai 2004 var dette i strid med konkurranseloven¹ § 10, og fra 19. mai 2005 også i strid med EØS-avtalen² artikkel 53.

Den ulovlige atferden har medført at Brenntag har blitt beskyttet mot konkurranse fra Borregaard ved levering av teknisk eddiksyre til kunder som kjøper i små kvantum, mens Borregaard er blitt beskyttet mot konkurranse fra Brenntag ved levering til kunder som etterspør teknisk eddiksyre i bulk.

Brenntag er uenig i at det foreligger en overtredelse av konkurranseloven, og selskapets hovedanførsel er at Borregaard og Brenntag ikke er konkurrenter i det aktuelle markedet slik det er beskrevet av Konkurransetilsynet.

Konkurransetilsynet har i medhold av konkurranseloven § 29 besluttet å ilegge Brenntag et overtredelsesgebyr på 1,3 millioner kroner.

1 Lov av 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger.

2 Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, jf. lov av 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

1 Sakens bakgrunn

1.1 Berørte foretak

Borregaard Industries Limited

Borregaard er et heleid datterselskap av Orkla ASA. Borregaard er et internasjonalt kjemiselskap med hovedkontor i Sarpsborg. Selskapet har over 20 produksjonsenheter i 12 land med en rekke egne salgskontorer. Globalt har Borregaard ca. 1800 ansatte. Borregaard er delt i flere ulike forretningsområder. *Borregaard Lignotech* er selskapets forretningsområde (avdeling) for trebaserte kjemikalier (lignin), og er verdens ledende produsent og leverandør av ligninprodukter. Borregaard Lignotechs avdeling *Trading* distribuerer både Borregaards egne produkter og kjemikalier fra andre produsenter, og har sin virksomhet hovedsakelig i Skandinavia. Borregaards omsetning i 2006 (globalt) var på ca. 4,4 milliarder kroner. Omsetningen i Borregaard Industries Limited Norge var ca. 2,4 milliarder kroner i 2005.

Brenntag Nordic AS

Brenntag importerer og selger råvarer, kjemikalier, ingredienser og tilsetningsstoffer til en rekke ulike industrier. Brenntag er en del av Brenntag-gruppen med hovedkontor i Tyskland. Brenntag-gruppen er, ifølge informasjon på konsernets internettsider, verdens ledende distributør av industrikjemikalier. Brenntag er markedsleder i Europa, og konsernet er lokalisert på over 300 steder over hele verden. Brenntag-gruppen har over 9200 ansatte og omsatte globalt for ca. 43 milliarder euro i 2006. *Brenntag Nordic AS* er lokalisert i nærheten av Sarpsborg. Selskapet hadde en omsetning i 2005 på 94,4 millioner kroner. I Norge har Brenntag omlag 20 ansatte.

1.2 Konkurransetilsynets saksbehandling

Etter begjæring fra Konkurransetilsynet fattet Bergen tingrett den 24. februar 2006 beslutning om bevissikring hos Brenntag og Borregaard etter konkurranseloven § 25. Tilsynet hadde mistanke om at selskapene deltok i et ulovlig konkurransebegrensende samarbeid (markedsdeling). Bevissikringene ble gjennomført hos selskapene 13. mars 2006.

Under bevissikringene ble det tatt beslag i dokumenter og i elektronisk lagret materiale. Det ble i forbindelse med bevissikringene også foretatt forklaringsopptak av salgssjef [REDACTED] i Borregaard Lignotech avdeling Trading og Business Unit manager [REDACTED] i Brenntag Nordic AS.

Konkurransetilsynet har også innhentet opplysninger fra andre aktører i markedet for teknisk eddiksyre. Det er gjennomført forklaringsopptak i saken, samt avholdt møter og foretatt innhenting av informasjon fra både angjeldende foretak og deres kunder og konkurrenter.

Varsel om vedtak ble sendt til partene 29. juni 2007 med frist for eventuelle merknader innen 3. september 2007. Borregaard innga tilsvar med merknader den 3. september 2007. Blant annet på grunn av at Brenntag ikke hadde fått fullt innsyn i sakens dokumenter, fikk selskapet forlenget fristen til 26. september 2007. Brenntags merknader innkam i brev av 26. september 2007.

Etter at merknadene ble mottatt, har Konkurransetilsynet innhentet ytterligere informasjon fra partene og andre aktører. Herunder er det avholdt møter med Chemco AS, Solberg Industrier AS og M-I Production Chemicals.

1.3 Videre fremstilling

Konkurransetilsynet vil først i punkt 2 gi en kort oversikt over samarbeidet mellom Borregaard og Brenntag. En nærmere redegjørelse for konkurransesituasjonen og markedet følger under punkt 3. I punkt 4 vil Konkurransetilsynet gi en oversikt over de relevante rettslige grunnlag, og redegjøre for hvorfor tilsynet mener at det foreligger en overtredelse av konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53 i foreliggende sak. Når det gjelder virkningene av lovbruddet, behandles påbud om opphør etter konkurranseloven § 12 første ledd i punkt 5 og overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 i punkt 6. Konkurransetilsynets vedtak fremgår av punkt 7.

2 Kort oversikt over samarbeidet mellom Borregaard og Brenntag

Borregaard og Brenntag er begge aktører i markedet for distribusjon og salg av industrikjemikalier i Norge, herunder teknisk eddiksyre. Teknisk eddiksyre produseres og selges i ulike styrkegrader samt i ulike kvanta og former for emballasje, og benyttes blant annet i fiskeindustrien og petroleumsindustrien.

Den 28. oktober 2002 inngikk Borregaard og Brenntag en avtale som innebar markedsdeling i markedet for teknisk eddiksyre med virkning fra 1. oktober 2002. Sentrale personer i avtaleforhandlingen var Business Division Manager i Brenntag, [REDACTED], og salgssjef i Borregaard, [REDACTED]. Avtalen inneholder en klausul om konkurranseforhold med følgende ordlyd:

”Selger er allerede leverandør av Produkt til det norske markedet i dag, og vil selv beholde de kundene som er listet opp i vedlegg 3. Kjøper tar over distribusjonen av Produkt, og skal bestrebe å etablere nye markeder for produkt i Norge. Kjøper forplikter ved inngåelse av denne avtale til ikke å gå inn på de kundene Selger har listet opp i Vedlegg 3, og Selger forplikter seg til å videreformidle forespørsler på Produkt til Kjøper. Hvis en kunde øker sitt uttak og vil begynne å ta leveranser i tankbillaster, så har Selger rett til å overta denne kunden”.

Det vises til punkt 4.1.1.1 for en nærmere beskrivelse av avtaleforholdet.

2.1 Bakgrunnen for samarbeidet

I 2001 var [REDACTED] ansatt i Borregaard, og han utferdiget et internt memo 3. mai 2001. Memoet var foranlediget av forhandlinger om kjøp av eddiksyre fra [REDACTED]. Vedlagt memoet er et referat fra et møte mellom Brenntag (som da het HCI) og Borregaard den 5. april 2001. I referatet fremgår følgende:

”[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]”.

Vedlegg 1: Memo fra [REDACTED] av 3. mai 2001 med vedlegget ”Minutes of Meeting”

Resultatet ble at Brenntag fikk kontrakten med [REDACTED], se nedenfor under punkt 3.2.

Etter å ha vært ansatt i Borregaard [redacted], sist som salgssjef med ansvar for salg av bl.a. eddiksyre, begynte [redacted] i en stilling som Business Division Manager i Brenntag [redacted]. Hans ansvarsområde var blant annet teknisk eddiksyre. Umiddelbart etter tiltredelsen i Brenntag tok [redacted] initiativ til et samarbeid mellom Borregaard og Brenntag. Det var relativ tett kontakt mellom [redacted] og [redacted]. Ifølge [redacted] snakket de to sammen omtrent ukentlig. Dette samarbeidet er nærmere beskrevet nedenfor under punkt 4.1.1.1.

2.2 Hvordan Brenntag og Borregaard selv vurderte konkurransesituasjonen

I forklaringsopptak har [redacted] forklart at Borregaard oppfattet Brenntag som en stor konkurrent. Ifølge [redacted] kunne Brenntag blant annet "tatt noe av markedet på sildemel og sildeolje, men selskapet kunne ikke ha dekket hele Norge". Etter [redacted] oppfatning var Brenntag en reell konkurrent, men hadde ikke eddiksyre nok til å true Borregaards markedsposisjon i Norge. [redacted] Borregaard utviklet et alternativt og forbedret produkt, SoftAcid Aqua E, jf. forklaring av 13. mars 2006.

Også [redacted] i Brenntag gir i flere sammenhenger uttrykk for at partene er konkurrenter på det samme markedet. I e-post av 11. juli 2002 til [redacted] skriver [redacted]:

"Eddiksyre er i dag et attraktivt produkt på det norske markedet, med en fin profitt. Det bør være mulig å finne en fornuftig deling på denne profitten. Alternativet kan være full konkurranse og priskrig på det norske markedet, og det er det bare kundene som tjener på."

Vedlegg 2: E-post av 11. juli 2002 fra [redacted] til [redacted]

Det vises også til e-post av 28. februar 2003 fra [redacted] til [redacted] i Borregaard hvor det fremgår:

"Jeg har en bra dialog med [redacted], og vi samarbeider/hjelper hverandre så godt vi kan, til felles beste, tror jeg. Vi tjener begge bedre på å samarbeide enn å krige"

Vedlegg 3: E-post av 28. februar 2003 fra [redacted] til [redacted]

Disse uttalelsene viser etter tilsynets oppfatning klart at formålet med det foreslåtte samarbeidet er å begrense konkurransen. Videre viser uttalelsene at partene var konkurrenter i samme marked.

Når det gjelder leveranser av eddiksyre til fiskeindustrien, oppsummeres samarbeidet i en intern e-post i Brenntag av 21. oktober 2002, hvor [redacted] skriver følgende:

"Fordelen for Borregaard er at de får beholde bulk leveransen på 80 % eddiksyre til sildefiskeindustrien, uten oss som konkurrent"

Vedlegg 4: E-post av 21. oktober 2002 fra [redacted] til kolleger i Brenntag

I forhold til samme kundegruppe (fiskeindustrien) skriver [redacted] i en e-post av 11. juli 2002 til [redacted] [redacted] (vedlegg 2):

"Borregaard [...] kan betjene fiskeindustrien på en bedre måte enn Brenntag."

Etter Konkurransetilsynets oppfatning viser disse uttalelsene tydelig at Brenntag i 2002 mente at selskapet kunne betjene fiskeindustrien og at Brenntag vurderte seg selv som potensiell konkurrent også i forhold til denne delen av markedet.

3 Nærmere beskrivelse av konkurransesituasjonen og markedet

I nærværende sak er det, som det vil fremgå av punkt 4.1.1.3 nedenfor, tale om et samarbeid med konkurransebegrensende formål etter konkurranseloven § 10. Det er således ikke nødvendig å påvise en konkurransebegrensende virkning i et relevant marked. På denne bakgrunn er det derfor ikke behov for å foreta en endelig avgrensning av markedet. Konkurransetilsynet finner det imidlertid hensiktsmessig å gi en nærmere beskrivelse av konkurransesituasjonen og markedet.

3.1 Markedet for teknisk eddiksyre – oversikt

Følgende tabell gir en oversikt over ulike typer teknisk eddiksyre og deres bruksområder.

Produkt	Fremstilling	Viktigste kunde grupper
Teknisk eddiksyre 99 %	Et biprodukt av eddiksyre anhydrid	Råmateriale til produksjon av teknisk eddiksyre 60 % og 80 %
Teknisk eddiksyre 80 % og SoftAcid Aqua E	Fortynnet teknisk eddiksyre 99 %	Sildeoljefabrikker
Teknisk eddiksyre 60 %	Fortynnet teknisk eddiksyre 99 %	Olje- og gassindustrien

Teknisk eddiksyre 99 % er et biprodukt/restprodukt etter ulike produksjonsprosesser og er utgangspunktet for fremstilling av teknisk eddiksyre 80 % og 60 %. De utblandede kvalitetene fremstilles ved å blande ut 99 % teknisk eddiksyre med vann.

I Norge er det kun to produsenter av teknisk eddiksyre 99 %, Amersham Health Norge AS (Amersham Health, tidligere Nycomed) og Dyno Nobel ASA (Dyno). Produktet til Amersham Health er en blanding av 50 % anhydrid og 50 % teknisk eddiksyre.

Borregaard er den dominerende markedsaktøren i Norge. I forklaringsopptak har [redacted] anslått at Borregaard selger 60 % og Brenntag 15 % av eddiksyren i Norge.

Vedlegg 5: Utskrift av forklaringsopptak av [redacted] (Brenntag) 13. mars 2006

I utgangspunktet er ikke teknisk eddiksyre i ulike styrkegrader substitutter, ettersom de ulike styrkegradene har ulikt anvendelsesområde. Partene har anført at eddiksyre i ulike styrkegrader inngår i ulike produktmarkeder.

Opplysninger Konkurransetilsynet har innhentet, viser imidlertid at det for enkelte kunder kan være en avveining mellom å kjøpe ferdig utblandet eddiksyre og å kjøpe eddiksyre med høyere styrkegrad for så å blande syren ut selv.

I følge opplysninger fra andre aktører som omsetter teknisk eddiksyre (jf. vedlegg 13-15) er utblanding til lavere styrkegrader en forholdsvis enkel prosess. Det er blant annet mulig å blande ut direkte på tankbil ved å først fylle vann på tanken og deretter fylle på eddiksyre. Et alternativ er å blande ut eddiksyren i egne utblandingsanlegg. Kostnadene ved investering i et slikt anlegg avhenger av hvor stor kapasitet selskapet har behov for.

Teknisk eddiksyre er en organisk syre. Organiske syrer blir generelt regnet som mindre farlig fordi de, i motsetning til uorganiske syrer, ikke har en så sterk reaksjon i løsning med vann. Utblandingsprosessen stiller derfor ikke like spesielle krav til produksjonsfasiliteter som ved utblanding av uorganiske syrer.

Ut fra den informasjonen Konkurransetilsynet har innhentet i etterkant av varselet, synes det således å være substitusjon mellom teknisk eddiksyre i ulike styrkegrader. Det er imidlertid ikke nødvendig for tilsynet å ta endelig stilling til markedet., jf. redegjørelsen innledningsvis i punkt 3.

Kunder etterspør eddiksyre i varierende kvanta. Blant annet synes prisforskjellen mellom småemballasje og bulk å være så stor at det for de fleste bulkkunder ikke er et alternativ å velge leveranse i småemballasje. Valget synes i stor grad å avgjøres av kvantumsbehovet. Aktører som omsetter teknisk eddiksyre kan imidlertid, dersom de har egnede tappefasiliteter, kjøpe eddiksyre i bulk og selv tappe eddiksyren over på småemballasje. Det fremgår av Konkurransetilsynets undersøkelser at det er flere selskaper som har slike fasiliteter.

I 2003 begynte Borregaard å tilsette lignin til teknisk eddiksyre 80 %, og har tilbudt dette til kunder i sildeoljeindustrien under produktnavnet SoftAcid Aqua E. SoftAcid Aqua E dekker i utgangspunktet de samme behovene som teknisk eddiksyre 80 %, men er etter det opplyste mer skånsom for tanken der syren oppbevares. På tidspunktet for avtaleinngåelse mellom Borregaard og Brenntag eksisterte imidlertid ikke SoftAcid Aqua E i markedet. Produktet ble først ferdigutviklet i 2003. Borregaard har også gjennom hele avtaleperioden solgt 60 % og 80 % teknisk eddiksyre i bulk, i tillegg til salget av SoftAcid Aqua E fra 2003. I foreliggende sak er det således ikke nødvendig å vurdere substitusjonsmulighetene mellom teknisk eddiksyre 80 % og SoftAcid Aqua E, ettersom markedsdelingssamarbeidet ikke begrenser seg til dette produktet.

3.2 Faktisk markedssituasjon før 1. oktober 2002

Før avtalen av 28. oktober 2002 (med virkning fra 1. oktober 2002) mellom Brenntag og Borregaard hadde [REDACTED] en leveringsavtale med Borregaard. [REDACTED] hadde på sin side en leveringsavtale med Brenntag fra 29. mars 2001. Forut for avtalen mellom [REDACTED] og Brenntag ble eddiksyren fra [REDACTED] levert til Borregaard.

Ut fra den informasjonen Konkurransetilsynet har mottatt, omsatte ikke Brenntag teknisk eddiksyre i Norge før avtalen med [REDACTED] ble inngått i 2001.

I 2001/2002 tappet [REDACTED] teknisk eddiksyre på tankbiler for Brenntag. Eddiksyren hadde hovedsakelig styrkegrad på 99 %, men deler av eddiksyren var også i de utvannede styrkegradene 60 % og 80 %. Etter 2002 leverte [REDACTED] kun eddiksyre i styrkegrad 99 % i bulk til Brenntag. I en periode fortynnet også Brenntag selv syren, ved at de fylte vann på tankbil før eddiksyren ble hentet hos [REDACTED].

Brenntag videresolgte den tekniske eddiksyren til norske kunder (grossister) i bulk i alle kvaliteter (99 %, 80 % og 60 %), samt noen små mengder IBC (1000 liters kanner). Selskapet solgte ikke eddiksyre i mindre kvanta (kanner).

Borregaard hadde også på dette tidspunktet selv tank-, blandings- og omtappingsanlegg for lagring, fortynning og tapping av teknisk eddiksyre.

Borregaard videresolgte den tekniske eddiksyren til norske kunder i bulk i alle kvaliteter (99 %, 80 % og 60 %), og småemballasje (både IBC og kanner) i alle kvaliteter (99 %, 80 % og 60 %).

3.3 Faktisk markedssituasjon etter 1. oktober 2002

I avtalen av 28. oktober 2002 ble Borregaard og Brenntag enige om en nærmere fordeling av kunder/markeder. Brenntag skulle ifølge avtalen distribuere teknisk eddiksyre i småemballasje og overta Borregaards kunder i dette markedet, mens Borregaard skulle betjene bulkmarkedet med en rett til å overta de av kundene til Brenntag som gikk over fra småemballasje til bulk. Se punkt 4.1.1.1 for en nærmere redegjørelse for samarbeidet.

Brenntag hadde etter 1. oktober 2002 fortsatt en avtale med [REDACTED] om levering av teknisk eddiksyre 99 %.

Anslagsvis [REDACTED] prosent av syren fra [REDACTED] ble sendt til Borregaard for fortykning og tapping på IBCer og kanner. Brenntag videresolgte så den tekniske eddiksyren til norske kunder (grossister og slutt kunder) i småemballasje (IBC og kanner) i alle kvaliteter. Brenntag leverte etter 1. november 2002 ikke lenger i bulk til sine tidligere bulk kunder ([REDACTED]).

Borregaard hadde fortsatt avtale med [REDACTED] om levering av teknisk eddiksyre 99 % etter 1. oktober 2002.

Borregaard fortykket eddiksyren og solgte den videre til norske kunder i bulk 60 % og 80 % (blant annet til Brenntags tidligere bulk kunder [REDACTED]), og i småemballasje til Brenntag i henhold til avtalen mellom partene. Borregaard trakk seg for øvrig ut av markedet for salg av teknisk eddiksyre i småemballasje.

Redegjørelsen i punktene 3.2 og 3.3 av markedssituasjonen før og etter avtalen mellom partene av 28. oktober 2002, viser at partene før avtalen konkurrerte med hverandre med hensyn til omsetning av teknisk eddiksyre. Fordelingen av kunder og markeder som følge av inngåelsen av avtalen, medførte at konkurransen mellom partene effektivt ble eliminert etter 1. oktober 2002.

4 Relevante rettslige grunnlag

Denne saken gjelder et markedsdelingssamarbeid som startet i 2002. Markedsdeling kan rammes av konkurranseloven § 10. Konkurranseloven trådte i kraft 1. mai 2004, og avløste konkurranseloven av 1993³. Forbudsbestemmelsen i konkurranseloven av 1993 § 3-3 ble videreført i den nye loven § 10. Overtredelse av nevnte bestemmelser er straffbar, jf 1993-loven § 6-6 og 2004-loven § 30. Etter konkurranseloven av 2004 § 29 kan Konkurransetilsynet ilegge overtredelsesgebyr for brudd på § 10.

EØS-avtalen ble gjort gjeldende som norsk lov ved ikrafttredelsen av EØS-loven⁴ 1. januar 1994. EØS-avtalen artikkel 53 forbyr konkurransebegrensende samarbeid som merkbart kan påvirke samhandelen mellom EØS-statene. Norske konkurransemyndigheter fikk kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og artikkel 54 ved EØS-konkurranseloven⁵ av 2004, som trådte i kraft 19. mai 2005.

3 Lov av 11. juni 1993 nr. 66 om konkurranse i ervervsvirksomhet (OPPHEVET).

4 Lov av 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

5 Lov av 5. mars 2004 nr. 11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv.

4.1 Overtredelse av konkurranseloven § 10

Konkurranseloven § 10 forbyr konkurransebegrensende avtaler mellom foretak. Bestemmelsen lyder i sin helhet:

Enhver 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, er forbudt, særlig slike som består i

- a) å fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgspriser eller andre forretningsvilkår,*
- b) å begrense eller kontrollere produksjon, avsetning, teknisk utvikling eller investeringer,*
- c) å dele opp markeder eller forsyningskilder,*
- d) å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,*
- e) å gjøre inngåelse av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggsytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjstanden.*

Avtaler eller beslutninger som er forbudt i henhold til denne bestemmelse, skal ikke ha noen rettsvirkning.

Bestemmelsen i første ledd får ikke anvendelse på avtaler mellom foretak, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden, som bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling, samtidig som de sikrer forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd, og uten

- a) å pålegge vedkommende foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse mål, eller*
- b) å gi disse foretak mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder.*

Kongen kan ved forskrift fastsette regler for hva som skal gå inn under tredje ledd (gruppefritak). Konkurransetilsynet kan bestemme at et gruppefritak ikke skal være anvendelig overfor bestemte foretak i den utsteking avtaler, beslutninger og samordnet opptreden har virkninger som ikke er forenelige med tredje ledd.

Bestemmelsen er utformet etter mønster fra EF-traktaten artikkel 81 og EØS-avtalen artikkel 53. I følge forarbeidene til konkurranseloven, vil EU/EØS-praksis knyttet til nevnte bestemmelser veie tungt ved fortolkningen og den nærmere fastsettelsen av innholdet i konkurranseloven § 10.⁶

Konkurranseloven § 10 oppstiller tre vilkår som må være oppfylt for at forbudet skal være overtrådt. For det første må en markedsatferd være resultat av en "avtale" eller "samordnet opptreden" (*samarbeidskriteriet*), for det andre må samarbeidet skje mellom uavhengige foretak (*foretakskriteriet*) og for det tredje må samarbeidet ha "til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen" (*konkurransbegrensningskriteriet*). Konkurransbegrensningskriteriet definerer når et samarbeid kan sies å påvirke konkurransen på en slik måte at forbudet i § 10 første ledd kommer til anvendelse, og skiller konkurranseskadelig samarbeid fra andre former for samarbeid.

6 Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 68 og Innst. O. nr. 50 (2003-2004) punkt 2.3.

For at et samarbeid skal være forbudt etter konkurranseloven § 10, er det videre et fjerde vilkår at konkurransen begrenses merkbart (*merkbarhetskriteriet*). Merkbarhetskravet fremkommer ikke direkte av lovteksten, men det fremgår av forarbeidene til konkurranseloven at det må oppstilles et merkbarhetskrav tilsvarende det som er fastsatt gjennom rettspraksis om EF-traktaten artikkel 81 og EØS-avtalen artikkel 53.⁷ Ved vurdering av merkbarhetsvilkåret kan det hentes veiledning fra EFTAs overvåkningsorgans merkbarhetskunngjøring.⁸

Forbudet i konkurranseloven § 10 gjelder både konkurransebegrensninger mellom foretak på samme omsetningstrinn (horisontalt samarbeid) og konkurransebegrensninger mellom foretak på forskjellige omsetningstrinn (vertikalt samarbeid).

På nærmere bestemte vilkår vil et konkurransebegrensende samarbeid likevel kunne være tillatt, jf. konkurranseloven § 10 tredje ledd. Dette forutsetter imidlertid at samarbeidet leder til samfunnsøkonomiske gevinster som kommer forbrukerne til gode, samtidig som konkurransen ikke kan utelukkes for en vesentlig del av det relevante markedet. I tillegg må konkurransebegrensningen være absolutt nødvendig.

Konkurransetilsynets er kommet til at samtlige sanksjonsvilkår etter § 10 første ledd er oppfylt i denne saken og at samarbeidet ikke oppfyller vilkårene for unntak etter § 10 tredje ledd.

4.1.1 Sanksjonsvilkårene i § 10 første ledd

4.1.1.1 Samarbeidskriteriet

Avtalen av 28. oktober 2002

Det er ubestridt at det foreligger en avtale mellom partene. Avtalen er gitt virkning fra 1. oktober 2002. Borregard og Brenntag har således fra 1. oktober 2002 hatt et samarbeid der Brenntag distribuerer teknisk eddiksyre 60 % og 80 % i 1000 liters IBCer eller i 25 liters kanner for Borregaard. I henhold til avtalen gis Brenntag en rett til å kjøpe 100 mt eddiksyre fra Borregaard per år.

Som nevnt under punkt 2 ovenfor inneholder avtalen en klausul om konkurranseforhold (punkt 3). Klausulen innebærer at partene deler kunder mellom seg, og har følgende ordlyd:

”Selger er allerede leverandør av Produkt til det norske markedet i dag, og vil selv beholde de kundene som er listet opp i vedlegg 3. Kjøper tar over distribusjonen av Produkt, og skal bestrebe å etablere nye markeder for produkt i Norge. Kjøper forplikter ved inngåelse av denne avtale til ikke å gå inn på de kundene Selger har listet opp i Vedlegg 3, og Selger forplikter seg til å videreformidle forespørsler på Produkt til Kjøper. Hvis en kunde øker sitt uttak og vil begynne å ta leveranser i tankbillaster, så har Selger rett til å overta denne kunden”.

”Produkt” er i avtalen punkt 1.0 definert som teknisk eddiksyre 60 % og 80 % i 1000 liters containere eller i 25 liters kanner.

⁷ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 225.

⁸ Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om avtaler av mindre betydning som ikke merkbart begrenser konkurransen i henhold til EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 (merkbarhetskunngjøringen), EF-tidende C67/20, 20.3.2003 og EØS-tillegget til EF-tidende nr. 15/11, 20.3.2003.

Vedlegg 6: Avtale mellom Borregaard og Brenntag av 28. oktober 2002

Avtalen ble senere fornyet den 22. september 2003.

Vedlegg 7: Avtale mellom Borregaard og Brenntag av 22. september 2003

Det som fordeles etter denne avtaleklausulen er således at Borregaard overtar alle bulk kunder, mens Brenntag selger til kunder som kjøper produktet i småemballasje.

Det nærmere samarbeidet som er reflektert i avtalen, skisseres i en e-post av 11. juli 2002 fra [redacted] til [redacted] hvor [redacted] viser til tidligere samtaler mellom partene og kommer med følgende forslag til samarbeid mellom Borregaard og Brenntag på teknisk eddiksyre (vedlegg 2):

"Med referanse til tidligere samtaler, så er min ide til samarbeide på teknisk eddiksyre som følger:

Borregaard har kontrakten med [redacted] for retursyre derfra, men Brenntag kan kjøpe 60 % og 80 % i kanner, IBCer (og kanskje bulk) fra Borregaard.

Brenntag har kontrakten (og beholder denne...?) med [redacted] for retursyren derfra, men Borregaard kan kjøpe 100 % i bulk fra Brenntag.

Borregaard har bulkmarkedet til [redacted]

Brenntag blir utpekt som distributør for Borregaard på resten av det norske markedet, og har alle småkunder i 25 l kanner og IBC, som

[...]

Det vil bety at Borregaard tar [redacted] mens Brenntag tar distribusjonsmarkedet, [redacted]

Jeg foreslår dette fordi Brenntag's styrke ligger i [redacted]

Borregaard er gode på [redacted] og kan betjene fiskeindustrien på en bedre måte enn Brenntag. Borregaard får alle leveransene til de små og mellomstore kundene, men via Brenntag (deler på profitten på disse)"

Samarbeidets gjennomføring i praksis er også bekreftet av foretakenes kunder. Det vises blant annet til opplysninger inngitt av kundene om at eddiksyre i bulk etter avtaleinngåelsen kun ble levert fra Borregaard, mens eddiksyre i mindre kvanta kun ble levert av Brenntag.

Vedlegg 8: Referat fra møte den 3. april 2006 mellom Konkurransetilsynet og M-I Production Chemicals

- Vedlegg 9:** Referat fra møte den 22. mars 2006 mellom Konkurransetilsynet og Chemco AS
- Vedlegg 10:** Utskrift av forklaringsopptak 20. mars 2006 av Halfdan Solberg, daglig leder i Solberg Industri AS, vedlagt innkjøpsoversikt for teknisk eddiksyre
- Vedlegg 11:** Referat fra møte den 17. desember 2007 mellom Konkurransetilsynet og Chemco AS
- Vedlegg 12:** Referat fra møte den 17. desember 2007 mellom Konkurransetilsynet og M-I Production Chemicals
- Vedlegg 13:** Referat fra møte den 14. januar 2008 mellom Konkurransetilsynet og Solberg Industri AS

Borregaard og Brenntag har således fra 1. oktober 2002 praktisert en avtale som innebærer at Borregaard selger eddiksyre til kunder som etterspør slik syre i bulk, mens Brenntag selger til kunder som etterspør teknisk eddiksyre i småemballasje. På bakgrunn av det ovenstående legger Konkurransetilsynet til grunn at samarbeidskriteriet er oppfylt.

Tidspunkt for opphør/avslutning av samarbeidet

██████████ i Borregaard sendte 26. april 2006 en e-post til ██████████ i Brenntag med følgende innhold:

”På bakgrunn av Konkurransetilsynets aksjon mot våre selskaper presiseres for ordens skyld at Borregaard ikke anser at punkt 3 i avtalen er til hinder for at Brenntag selger eddiksyre teknisk i bulk til hvem man måtte ønske.”

- Vedlegg 14:** E-post av 26. april 2006 fra ██████████ i Borregaard til ██████████ i Brenntag (oversendt til Konkurransetilsynet av Borregaard 20. april 2007)

Denne e-posten ble sendt ca. seks uker etter Konkurransetilsynets siste bevissikring, hvor avtalen var det sentrale tema i forklaringsopptakene.

Ovennevnte e-post tilsier at samarbeidet varte til minst 26. april 2006.

4.1.1.2 Foretakskriteriet

Det er et vilkår etter § 10 at samarbeidet er inngått mellom uavhengige foretak. Det er på det rene at Brenntag og Borregaard begge er foretak, jf. konkurranselovens § 2, og at de er uavhengige av hverandre.

4.1.1.3 Konkurransbegrensningskriteriet

Konkurranseloven § 10 første ledd skiller mellom avtaler eller samarbeid som har konkurransebegrensende formål eller virkning. Vilkårene er alternative⁹. Dersom samarbeidet må anses å ha konkurransebegrensende formål, er det ikke nødvendig å vise en faktisk eller potensiell virkning i det relevante markedet. I henhold til praksis fra EF-domstolen vil avtaler om fastsettelse av priser, begrensning av produksjonen, deling av markeder og tildeling av kunder mellom konkurrenter vanligvis ha et konkurransebegrensende formål.

9 Se ECJ sak 56/65, Société Technique Minière.

Ved vurderingen av om avtalen innebærer en ulovlig konkurransebegrensning, henter Konkurransetilsynet veiledning fra EFTAs overvåkningsorgans retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 på avtaler om horisontalt samarbeid (de horisontale retningslinjer).¹⁰

Samarbeidet mellom Brenntag og Borregaard er regulert i avtalen av 28. oktober 2002. Det forhold at avtalen formelt sett fremstår som en vertikal avtale (avtale mellom selskaper innen ulike ledd i produksjons- eller distribusjonskjeden), er ikke avgjørende for vurderingen. I de horisontale retningslinjene punkt 11 fremgår at vertikale avtaler mellom konkurrenter må vurderes i henhold til prinsippene i de horisontale retningslinjene:

”Dersom vertikale avtaler, for eksempel distribusjonsavtaler, inngås mellom konkurrenter, kan virkningene på markedet og de mulige konkurransemessige problemene imidlertid være tilsvarende som ved horisontale avtaler. Slike avtaler må derfor vurderes i henhold til prinsippene beskrevet i disse retningslinjer.”

Med konkurrenter menes både faktiske og potensielle konkurrenter, jf. de horisontale retningslinjer punkt 9. I de horisontale retningslinjer er det forklart nærmere hva som menes med faktisk og potensiell konkurrent.

I fotnote 12 er en potensiell konkurrent forklart slik:

”Et selskap anses som en potensiell konkurrent dersom det påvises at selskapet, i fravær av avtalen, kunne og sannsynligvis ville påta seg de nødvendige tilleggsinvesteringer eller nødvendige omleggingsomkostnader slik at det kunne etablere seg på det relevante marked som svar på en liten og varig økning i de relative priser. Denne vurderingen må bygge på realistiske forhold, en rent teoretisk mulighet for etablering på et marked er ikke tilstrekkelig [...] Markedsetableringen må skje tilstrekkelig raskt til at trusselen om markedsetablering legger begrensninger på markedsdeltakernes atferd. Dette vil vanligvis bety at etablering må skje i løpet av kort tid [...] Den tid som er nødvendig for at et foretak som allerede er aktivt på markedet skal kunne justere sin virksomhet, kan benyttes som et utgangspunkt for å fastsette tidsrommets varighet.”

Etter tilsynets oppfatning er Brenntag og Borregaard faktiske og/eller potensielle konkurrenter i markedet for salg av teknisk eddiksyre av ulike styrkegrader og ulike emballasjer i Norge.

Brenntag anfører at

[redacted] de ikke kan anses som en konkurrent til Borregaard. Konkurransetilsynet er av den oppfatning at det ikke er nødvendig å produsere teknisk eddiksyre 60 % og 80 % for å kunne selge teknisk eddiksyre 60 % og 80 %. Konkurransetilsynet mener at Brenntag kan anses som en konkurrent til Borregaard også ved produksjon av teknisk eddiksyre 60 % og 80 %, men understreker at det ikke er nødvendig for å påvise markedsdeling ved salg av teknisk eddiksyre at partene kan anses som konkurrenter ved produksjon av teknisk eddiksyre.

¹⁰ EFTAs overvåkningsorgans retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 på avtaler om horisontalt samarbeid, EF-Tidende C266/01, 31.10.2002 og EØS-tillegget til EF-Tidende nr 55/1, 31.10.2002.

Redegjørelsen under punkt 3.2 viser at Borregaard og Brenntag, *før* avtalen av 28. oktober 2002, var faktiske konkurrenter ved videresalg av teknisk eddiksyre i bulk i alle kvaliteter (60 %, 80 % og 99 %), mens det var kun Borregaard som hadde virksomhet knyttet til omsetning av teknisk eddiksyre i småemballasje. Selv om partene før avtalen trolig ikke var faktiske konkurrenter ved salg av teknisk eddiksyre i småemballasje, viser imidlertid partenes opptreden etter avtalen at Brenntag var en potensiell konkurrent i denne delen av markedet, ettersom Brenntag etter avtalen faktisk betjener småemballasjemarkedet.

Som det fremgår av punkt 2.2 ovenfor er det også en rekke dokumenter og forklaringer i saken som underbygger at både Borregaard og Brenntag anså seg som konkurrenter i markedet for salg av teknisk eddiksyre. Dette må etter Konkurransetilsynets oppfatning tillegges betydelig vekt ved avgjørelsen av om partene var faktiske og/eller potensielle konkurrenter. Det vises særskilt til e-post av 21. oktober 2002 fra [REDACTED] til kolleger i Brenntag der det heter at fordelene for Borregaard er at selskapet får levere eddiksyre i bulk 80 % uten konkurranse fra Brenntag (vedlegg 4). Videre vises det til at [REDACTED] i Borregaard i forklaringsopptak 13. mars 2006 klart uttalte at Brenntag ble ansett som en konkurrent.

Vedlegg 15: Utskrift av forklaringsopptak av [REDACTED] (Borregaard) 13. mars 2006

Brenntag anfører også at salg av teknisk eddiksyre til fiskeindustrien er et separat marked. Fiskeindustrien er sesongpreget og Konkurransetilsynet legger til grunn at det ved salg til denne delen av markedet stilles særlige krav til lager og kapasitet. Brenntag synes imidlertid å betrakte seg som en potensiell konkurrent også her (jf. redegjørelsen i vedtaket punkt 2.2). Herunder særlig uttalelsen fra [REDACTED] i e-post av 21. oktober 2002 til kolleger i Brenntag (vedlegg 4):

"Fordelen for Borregaard er at de får beholde bulk leveransen på 80 % eddiksyre til sildefiskeindustrien, uten oss som konkurrent"

Partenes oppfatning slik denne har kommet til uttrykk på det aktuelle tidspunkt må, etter tilsynets oppfatning, tillegges betydelig vekt. Markedet for teknisk eddiksyre i Norge er preget av få aktører og er med dette oversiktlig. Det er ingen grunn til å tro at partene har gitt uttrykk for annet enn den reelle, faktiske eller potensielle konkurransesituasjonen. Dette gjelder særlig med hensyn til korrespondanse internt i Brenntag.

På denne bakgrunn fremstår det som anføres i tilsvaret til varselet fra Borregaard og Brenntag om at partene *ikke* er konkurrenter i samme marked, som lite sannsynlig.

Punkt 3.0 i avtalen mellom partene omhandler fordelingen av kunder mellom selskapene. I henhold til denne klausulen skal Brenntag holde seg borte fra kunder som er listet opp i vedlegg til avtalen, Borregaard skal kanalisere kunder som ønsker levering i kanner eller IBC til Brenntag og Brenntag forplikter seg til å overføre kunder som går over fra levering i kanner til tankbillaster (bulk), til Borregaard. Klausulen innebærer deling av marked mellom konkurrenter. Markedsdeling har et konkurransebegrensende formål etter konkurranseloven § 10 første ledd, og det er således ikke nødvendig å undersøke virkningene på konkurransen i markedet nærmere. Ordningen medfører en gjensidig beskyttelse mot konkurranse og er en atferd som etter sin art er konkurranseskadelig. Konkurransbegrensningskriteriet er således oppfylt.

4.1.1.4 *Merkbarhet*

Ved vurderingen av merkbarhetskravet har kontraktsvilkårets karakter betydning. Når det gjelder avtaler som har til formål å begrense konkurransen, skal det i henhold til praksis lite til for at merkbarhetskravet er oppfylt.¹¹ Bakgrunnen for dette er at denne type avtaler vanligvis virker negativt på konkurransen.

Ettersom denne saken dreier seg om markedsdeling mellom de to konkurrentene som sammen har hånd om all den tekniske eddiksyren som produseres i Norge, og siden avtaleklausulen har til formål å begrense konkurransen, finner Konkurransetilsynet at kravet til merkbarhet er oppfylt.

4.1.2 **Unntaksbestemmelsen i § 10 tredje ledd**

Etter konkurranseloven § 10 tredje ledd kan et konkurransebegrensende samarbeid som rammes av forbudet i første ledd likevel anses lovlig dersom fire kumulative vilkår er oppfylt.

Ved vurderingen av innholdet i konkurranseloven § 10 tredje ledd vil Konkurransetilsynet hente veiledning fra EFTAs overvåkningsorgans retningslinjer for anvendelse av EØS-avtalen artikkel 53 (3).¹²

Det er et vilkår at den aktuelle avtalen må bidra til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling samtidig som forbrukerne sikres en rimelig andel av de fordelene som oppnås. Fordeler som kun kommer avtalepartene til gode, regnes ikke som økonomiske fordeler. For at unntaket i § 10 tredje ledd skal komme til anvendelse, kreves det videre at foretakene ikke får mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de produkter det gjelder, jf. bestemmelsens bokstav b. I tillegg må konkurransebegrensningen være absolutt nødvendig, jf. bokstav a. Dersom et samarbeid oppfyller samtlige fire vilkår, vil ikke forbudet i § 10 første ledd komme til anvendelse. Når det gjelder markedsdeling og deling av kunder, skal det imidlertid svært mye til for at vilkårene i § 10 tredje ledd er oppfylt.¹³

Det er de parter som ønsker å påberope seg unntaket § 10 tredje ledd, som må godtgjøre at vilkårene i bestemmelsen er oppfylt.

Konkurransetilsynet ser ikke bort fra at avtalen mellom Brenntag og Borregaard i tillegg til gevinster for partene også kan ha samfunnsøkonomiske fordeler. Tilsynet finner det imidlertid ikke nødvendig å ta stilling til om eventuelle effektivitetsgevinster oppveier konkurransebegrensningen, og om de kommer forbrukerne til gode. Bakgrunnen for dette er at de eventuelle gevinstene kunne ha vært oppnådd uten å foreta en fordeling av kunder. Vilkåret om absolutt nødvendighet i konkurranseloven § 10 tredje ledd bokstav a er derfor ikke oppfylt. Det er dermed heller ikke nødvendig å ta stilling til de øvrige vilkår.

Brenntag anfører at gruppefritaket for vertikale avtaler¹⁴ kommer til anvendelse på avtalen mellom partene. Etter Konkurransetilsynets oppfatning kommer gruppefritaket for vertikale avtaler ikke til anvendelse på markedsdelingsklausulen i avtalen mellom Borregaard og Brenntag punkt 3.0. Klausulen i avtalens punkt 3.0 er i realiteten en avtale om horisontal markedsdeling og fordeling av

11 Se for eksempel sak T-374/94, *European Night Services v Commission*.

12 EFTAs overvåkningsorgan retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 (3).

13 Se for eksempel *Whish "Competition law"* side 480 og *Kolstad, Ryssdal, Graver, Hjelmeng "Norsk konkurranserett"* Bind I side 271.

14 Forskrift av 17. august 2004 nr. 1196 om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på grupper av avtaler og samordnet opptreden.

kunder mellom konkurrenter, ved at Brenntag skal betjene kundene som kjøper teknisk eddiksyre i småemballasje, mens Borregaard skal betjene de kundene som kjøper teknisk eddiksyre i bulk. Slike avtaleforhold omfattes ikke av gruppefritaket for vertikale avtaler. Det vises for øvrig til drøftelsen ovenfor under kapittel 4.1.1.3 vedrørende de horisontale retningslinjene punkt 11. Gruppefritak med hjemmel i konkurranseloven § 10 fjerde ledd får således ikke anvendelse i saken.

4.1.3 Konklusjon – konkurranseloven § 10

Det foreligger en konkurransebegrensende avtale mellom de to foretakene Brenntag og Borregaard i form av en markedsdeling innenfor markedet for teknisk eddiksyre. Avtalen har konkurransebegrensende formål etter konkurranseloven § 10 første ledd, og konkurransen påvirkes merkbart. Vilkårene for unntak etter konkurranseloven § 10 tredje ledd er ikke oppfylt, og samarbeidet er ikke omfattet av gruppefritak. Samarbeidet er således i strid med konkurranseloven § 10.

4.2 Overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53

EØS-avtalen artikkel 53 forbyr konkurransebegrensende avtaler mellom foretak. I motsetning til konkurranseloven § 10 kommer EØS-avtalen artikkel 53 bare til anvendelse på konkurransebegrensende samarbeid som ”kan påvirke handelen mellom avtalepartene”. De øvrige vilkår i artikkel 53 skal normalt tolkes på samme måte som forbudet i konkurranseloven § 10. Det er ovenfor konkludert med at markedsdelingen mellom Brenntag og Borregaard er i strid med konkurranseloven § 10. Det er ikke forhold i saken som tilsier at vurderingen blir annerledes etter EØS-avtalen artikkel 53. Hvorvidt forholdet også rammes av EØS-avtalen artikkel 53, beror derfor på om samarbeidet ”kan påvirke handelen mellom avtalepartene”, slik at det såkalte samhandelskriteriet er oppfylt, samt om samhandelen påvirkes merkbart.

Det såkalte samhandelskriteriet er ikke nærmere definert i EØS-avtalen. Begrepet er utviklet gjennom praksis i EF-domstolene og vurderes på bakgrunn av gjeldende praksis og retningslinjer fra EU/EØS. Konkurransetilsynet ser særlig hen til retningslinjer fra EFTAs overvåkningsorgan om begrepet samhandel under EØS-avtalens artikkel 53 og 54.¹⁵

Samhandelskriteriet tolkes uavhengig av definisjonen av de relevante geografiske markedene i en sak. Begrepet ”handelen” er tolket vidt, og omfatter enhver form for grenseoverskridende økonomisk aktivitet, samt atferd som påvirker konkurransestrukturen på markedet. Utgangspunktet er at handelen mellom hele eller deler av minst to EØS-stater må være involvert. Avtaler som påvirker deler av en enkelt EØS-stat, kan imidlertid også oppfylle kriteriet, så fremt virkningen er merkbar. Det må etter dette antas at dersom samhandelen mellom avtalepartene ville utviklet seg annerledes uten avtalen, kommer EØS-konkurransereglene til anvendelse.

Kravet om at handelen ”kan” bli påvirket, gir uttrykk for et krav om at en på grunnlag av objektive rettslige eller faktiske forhold kan forutse med tilstrekkelig sannsynlighet at avtalen direkte eller indirekte, aktuelt eller potensielt, øver innflytelse på samhandelen mellom avtalepartene. Det er altså ikke et krav at samhandelen rent faktisk er påvirket av avtalen, men at avtalen er egnet til å påvirke samhandelen. Man ser hen til avtalen som sådan, ikke bare dens konkurransebegrensende elementer. Det er ikke nødvendig å beregne hvor stor handelen ville vært uten avtalen. Relevante kriterier for vurderingen er avtalens natur, karakteristika ved de produktene avtalen dekker, og posisjonen og viktigheten til de foretakene som er berørt.

¹⁵ EFTA overvåkningsorgans retningslinjer om samhandelskriteriet i EØS-avtalen artikkel 53 og 54, EF-tidende C 291/46, 30.11.2006 (Retningslinjer om samhandelskriteriet).

Etter rettspraksis er det innfortolket et vilkår om merkbarhet. Påvirkningen av samhandelen må ifølge rettpraksis være av en viss størrelsesorden. Terskelen for merkbarhet avhenger av avtalens art. Dersom den gjelder import/eksport, er terskelen lav, mens den er noe høyere for avtaler som bare indirekte kan påvirke samhandelen.¹⁶ Horisontale kartellavtaler som dekker en hel medlemsstat, vil normalt oppfylle samhandelskriteriet.¹⁷

Brenntag og Borregaard er avtakere av all den eddiksyre som produseres i Norge, og samarbeidet omfatter store deler av den tekniske eddiksyren som omsettes på det norske markedet. Samarbeidet innebærer en markedsdeling mellom konkurrenter, og det gjelder for hele landet. Både Brenntag og Borregaard er store selskaper med betydelig internasjonal virksomhet, også innenfor teknisk eddiksyre. Det må på denne bakgrunn legges til grunn at samarbeidet er egnet til merkbart å påvirke samhandelen mellom Norge og andre EØS-stater. Konkurransetilsynet finner derfor at samhandelskriteriet er oppfylt.

I likhet med vurderingen etter konkurranseloven § 10 tredje ledd finner Konkurransetilsynet at vilkårene i EØS-avtalen artikkel 53 (3) ikke er oppfylt, og at markedsdelingen ikke er omfattet av gruppefritak.

På bakgrunn av ovennevnte er Konkurransetilsynet kommet til at markedsdelingen mellom Brenntag og Borregaard innenfor markedet for teknisk eddiksyre er i strid med EØS-avtalen artikkel 53.

5 Pålegg om opphør etter konkurranseloven § 12 første ledd

Etter Konkurransetilsynets vurdering er samarbeidet mellom Brenntag og Borregaard forbudt etter konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53. Det kan ikke utelukkes at den ulovlige markedsdelingen mellom Borregaard og Brenntag fortsatt er pågående, og Konkurransetilsynet pålegger derfor opphør av det ulovlige samarbeidet etter konkurranseloven § 12 første ledd. For så vidt gjelder overtredelsen av EØS-avtalen artikkel 53 følger det av EØS-konkurranseloven § 6 annet punktum at konkurranseloven § 12 får anvendelse. Etter bestemmelsen kan tilsynet pålegge ”ethvert tiltak som er nødvendig for å bringe overtredelsen til opphør”.

Påbudet om opphør vil måtte omfatte enhver form for markedsdeling innenfor teknisk eddiksyre. Det er således ikke tilstrekkelig at markedsdelingsklausulen i avtalen mellom partene formelt strykes. Et pålegg om opphør innebærer at partene skal avstå fra enhver form for opptreden som i praksis viderefører den markedsdelingen som følger av avtalens markedsdelingsklausul. Dette betyr at partene må stå fritt til å levere teknisk eddiksyre til enhver avtaker uavhengig av tidligere kundeforhold og leveringsmåte (kanner, IBC eller bulk).

6 Overtredelsesgebyr

6.1 Rettslig grunnlag

Forsettlig eller uaktsom overtredelse av konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53 kan sanksjoneres med overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 bokstav a jf. EØS-konkurranseloven § 6 første ledd annet punktum.

¹⁶ Retningslinjer om samhandelskriteriet, punkt 45.

¹⁷ Retningslinjer om samhandelskriteriet, punkt 78.

Overtredelsesgebyr kan likevel bare ilegges for overtredelser som er begått etter lovenes ikrafttredelse, jf. konkurranseloven § 33 tredje ledd og EØS-konkurranseloven § 11 første ledd, det vil si fra 1. mai 2004 for så vidt gjelder konkurranseloven § 10 og fra 19. mai 2005 for så vidt gjelder EØS-avtalen artikkel 53. Overtredelsesgebyr vil derfor bare bli vurdert for den delen av det ulovlige samarbeidet som har pågått etter 1. mai 2004, og det vil bli tatt hensyn til at tilsynet først ble gitt kompetanse til å gi overtredelsesgebyr for brudd på EØS-avtalen artikkel 53 ved ikrafttredelsen av EØS-konkurranseloven 19. mai 2005.

Det er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt ved illeggelse av overtredelsesgebyr. Dette fremgår klart av lovens forarbeider, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 117 og Innst. O. nr. 50 (2003-2004) side 41. Under enhver omstendighet finner Konkurransetilsynet at vilkårene for illeggelse av overtredelsesgebyr er oppfylt, selv om det legges til grunn et strengere beviskrav.

6.1.1 Objektive vilkår

Det er en forutsetning for illeggelse av overtredelsesgebyr at det foreligger en overtredelse av konkurranseloven. Som det fremgår av behandlingen ovenfor, legger Konkurransetilsynet til grunn som sannsynliggjort at Brenntag har overtrådt konkurranseloven § 10 og EØS avtalens artikkel 53 i perioden fra 1. oktober 2002 og minst frem til 26. april 2006.

6.1.2 Subjektive vilkår

I konkurranseloven § 29 fremgår det at skyldkravet omfatter både uaktsom og forsettlig overtredelse. Etter Konkurransetilsynets oppfatning foreligger det i denne saken en forsettlig overtredelse av foretaket og/eller noen som handlet på dets vegne. I den forbindelse vektlegges særlig innholdet i kommunikasjonen mellom angjeldende foretak og det de sentrale personer i foretakene har forklart. Dette underbygger at de har vist hva de gjorde da avtalen ble etablert og gjennomført.

6.2 Utmåling

6.2.1 Generelle utgangspunkter

Etter konkurranseloven § 29 tredje ledd annet punktum skal det ved fastsettelsen av gebyrets størrelse særlig legges vekt på foretakets omsetning og på overtredelsens grovhet og varighet. Angivelsen av disse momentene er ikke uttømmende. Også andre momenter kan være av betydning ved utmåling av overtredelsesgebyr.

Det fremgår av forarbeidene til konkurranseloven at det ved utmåling av overtredelsesgebyr særlig skal sees hen til regelverk, retningslinjer og praksis, herunder nivå, for utmåling av bøter under EU/EØS-retten.¹⁸

Forskrift om utmåling og lemping av overtredelsesgebyr av 22. august 2005 nr. 909 (heretter forskriften) gir nærmere regler om beregning av overtredelsesgebyr. Det fremgår av merknadene til forskriftens § 2 at bestemmelsene legger til rette for at det kan ilegges overtredelsesgebyr på et nivå som gjenspeiler målet i forarbeidene om en harmonisering i forhold til bøtenivået i konkurransesaker i EU/EØS.

6.2.2 Konkret vurdering

Etter forskriften § 3 annet ledd skal det ved vurderingen av overtredelsens grovhet særlig tas hensyn til overtredelsens art, dens faktiske innvirkning på markedet, størrelsen på det berørte markedet,

¹⁸ Innst. O. nr. 50 (2003-2004) punkt 2.7 og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 241.

foretakets gevinst, utvist skyld og om overtrederen har hatt en ledende eller passiv rolle i overtredelsen. Av forskriftens § 2 annet ledd bokstav a følger det at et foretak maksimalt kan ilegges et overtredelsesgebyr på inntil 10 prosent av foretakets omsetning for forsettlig eller uaktsom overtredelse av § 10. Med omsetning menes foretakets samlede salgsinntekt for siste regnskapsår, jf. forskriftens § 2 tredje ledd. Partenes samlede omsetning er det redegjort for i punkt 1. Som det fremgår nedenfor vil imidlertid overtredelsesgebyret i denne saken ligge betraktelig under denne maksimalgrensen.

Markedsdeling er blant de alvorligste overtredelsene av konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53, og personene som har handlet på vegne av Brenntag har utvist forsett. Dette taler for et betydelig overtredelsesgebyr. Videre har partene til sammen hånd om tilnærmet all den tekniske eddiksyren som omsettes i det norske markedet. Det må derfor legges til grunn at markedsdelingen faktisk har hatt virkning i markedet, og at partene har oppnådd gevinster som følge av samarbeidet. Videre vektlegges opplysninger inngitt av partene med hensyn til at omsetningen av teknisk eddiksyre i markedet, er av beskjedne størrelse. Av tall innhentet fra partene fremgår det at Borregaards årlige omsetning av teknisk eddiksyre i årene 2004 til 2006 var mellom ca. [redacted] millioner kroner. Brenntag har i de samme årene hatt en omsetning mellom ca. [redacted] millioner kroner.

Det følger av e-post fra [redacted] til [redacted] av 11. juli 2002 (vedlegg 2) at det er Brenntag som tok initiativet til å inngå avtale om å dele markedet for teknisk eddiksyre. I tillegg fremstår Brenntag som den mest aktive av partene ved gjennomføringen av markedsdelingen. Det vises til fremstillingen foran under punkt 2. Det vektlegges således at Brenntag har hatt den mest aktive rollen i samarbeidet. Det er ved utmålingen videre tatt hensyn til at markedsdelingsavtalen faktisk er gjennomført, at Brenntag er del av et stort konsern med betydelig omsetning og at overtredelsen kunne ha vært forebygget ved bedre rutiner, jf. forskriften § 3 tredje ledd.

Ettersom det kun gis overtredelsesgebyr for brudd på konkurranseloven § 10 fra 1. mai 2004 og for brudd på EØS-avtalen artikkel 53 fra 19. mai 2005, tas det ved utmålingen utgangspunkt i at varigheten har vært mellom ett og fem år og at beløpet som fremkommer av ovennevnte kan økes med inntil 50 prosent, jf. forskriftens § 3 fjerde ledd.

6.2.3 Konklusjon - utmåling

På denne bakgrunn har Konkurransetilsynet kommet til at Brenntag gis et overtredelsesgebyr på 1,3 millioner kroner.

7 Vedtak

På denne bakgrunn og med hjemmel i konkurranseloven §§ 12 og 29 jf. § 10 og EØS-avtalen artikkel 53 jf. EØS-loven § 1 og EØS-konkurranseloven § 6, fatter Konkurransetilsynet følgende vedtak:

- 1. Brenntag Nordic AS pålegges å opphøre med markedsdeling innenfor teknisk eddiksyre.**
- 2. Brenntag Nordic AS ilegges overtredelsesgebyr på 1.300.000 – enmillionogtrehundretusen – kroner.**

Overtredelsesgebyret forfaller til betaling to måneder etter at vedtaket er fattet, jf. konkurranseloven § 29 fjerde ledd.



Med hilsen

Knut Eggum Johansen
konkurransedirektør

Lasse Ekeberg
avdelingsdirektør