



Deloitte AS
Alex Sterud
Pb. 347 Skøyen
0213 OSLO

Deres ref.:

Vår ref.: 2010/1045
MAB SVLA 454.3

Dato: 26.01.2011

Vedtak V2011-2 – Lemminkäinen Norge AS - Mesta Industri AS - konkurranseloven § 19 tredje ledd - pålegg om midlertidig gjennomføringsforbud

1 Innledning

- (1) Konkurransetilsynet viser til varsel om pålegg om midlertidig gjennomføringsforbud av 21. januar 2011, merknader fra Lemminkäinenens representant Alex Sterud ved Deloitte AS i e-post samme dag, samt etterfølgende telefonsamtale med Sterud 24. januar 2011.
- (2) Lemminkäinen Norge AS (heretter "Lemminkäinen") inngikk 17. desember 2010 avtale om kjøp av samtlige aksjer i Mesta Industri AS (heretter "Mesta"), og vil gjennom oppkjøpet oppnå enekontroll i selskapet, jf. konkurranseloven¹ § 17.
- (3) Lemminkäinen er en del av det finske entreprenørselskapet Lemminkäinen Oyj. Lemminkäinen har virksomhet innen produksjon og legging av asfalt, samt produksjon av pukk og grus. I tillegg er Lemminkäinen engasjert i drifts- og vedlikeholdsarbeid på veier. Selskapet har også flere hel- og deleide datterselskaper innenfor ovennevnte bransjer.
- (4) Innenfor asfalt eier selskapet 100 % av Fjellhamar Asfalt AS, 50 % av Nordasfalt AS og Ullensaker Asfalt AS (Kolo Veidekke eier de resterende 50 % av dette selskapet), samt 75 % av Asfalt Remix AS. Sistnevnte selskap ble kjøpt av Lemminkäinen i 2010 og driver med asfaltgjenvinning.
- (5) Innenfor pukk og grus eier Lemminkäinen 100 % av Moelv Grus AS og Lødingen Stenindustri AS, samt 50 % av Martin Haraldstad AS (Kolo Veidekke eier de resterende 50 %).
- (6) Selskapet eier også 90,1 % av tidligere Risa Rock AS, nå Lemminkäinen Anlegg AS, som anlegger fjellhaller og tunneler for industri og administrasjon.
- (7) Mesta-konsernet driver entreprenørvirksomhet innen bygging, drift og vedlikehold av veier. Mesta-konsernet ble etablert 1. januar 2003 og springer ut fra den tidligere produksjonsvirksomheten i Statens vegvesen. Konsernet er heleid av staten ved Nærings- og handelsdepartementet og utfører anleggs- og vedlikeholdsoppdrag for både statlige, kommunale og private kunder over hele landet. Mesta Industri AS omfatter Mesta-konsernets virksomhet

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

innen asfalt, pukk og grus. Selskapet het tidligere Mesta Asfalt AS, men endret navn i august 2010 da Mesta Stein AS ble fusjonert inn i selskapet.

- (8) Den 22. desember 2010 mottok Konkurransetilsynet fullstendig melding om foretakssammenslutning mellom Lemminkäinen Norge AS og Mesta Industri AS.
- (9) Av konkurranseloven § 19 første ledd fremgår at foretakssammenslutninger som er underlagt meldeplikt til Konkurransetilsynet etter reglene i § 18 første ledd, ikke må gjennomføres før fristen for pålegg om fullstendig melding etter § 18 tredje ledd er utløpt. Ved pålegg om fullstendig melding etter § 18 tredje ledd, eller ved inngivelse av frivillig fullstendig melding etter § 18 fjerde ledd som i herværende sak, videreføres det automatiske gjennomføringsforbudet frem til fristen for å varsle at inngrep kan bli aktuelt, jf. § 19 første ledd annet punktum. Fristen for slikt varsel er 25 virkedager etter at fullstendig melding er mottatt, jf. § 20 andre ledd første punktum, hvilket i foreliggende tilfelle er 26. januar 2011.
- (10) Formålet med det automatiske gjennomføringsforbudet er å sikre en effektiv kontroll med foretakssammenslutningen, ved å forhindre at partene ellers gjennomfører tiltak som senere vil kunne vanskeliggjøre et inngrep mot foretakssammenslutningen.
- (11) Etter konkurranseloven § 19 tredje ledd kan Konkurransetilsynet på visse vilkår pålegge et midlertidig gjennomføringsforbud utover det automatiske gjennomføringsforbudet i § 19 første ledd. På tilsvarende måte som for det automatiske gjennomføringsforbudet er regelen om midlertidig gjennomføringsforbud i konkurranseloven begrunnet i behovet for en effektiv kontroll med foretakssammenslutninger².
- (12) Konkurransetilsynet har nedenfor vurdert om vilkårene for pålegg om midlertidig gjennomføringsforbud i medhold av konkurranseloven § 19 tredje ledd er oppfylt i herværende sak.

2 Midlertidig gjennomføringsforbud etter konkurranseloven § 19 tredje ledd

2.1 Rettslig utgangspunkt

- (13) Av konkurranseloven § 19 tredje ledd følger at Konkurransetilsynet kan gi pålegg om midlertidig gjennomføringsforbud og andre tiltak dersom det er:
- a) rimelig grunn til å anta at foretakssammenslutningen eller erverv som nevnt i § 16 annet ledd kan lede til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen og
 - b) nødvendig med et midlertidig forbud for å sikre gjennomføringen av eventuelle inngrep etter § 16.
- (14) De angitte vilkår er kumulative og må begge være oppfylt for at tilsynet kan gi pålegg om midlertidig gjennomføringsforbud utover det automatiske gjennomføringsforbudet i første ledd.
- (15) I forarbeidene til konkurranseloven er det pekt på at konkurranseloven § 19 tredje ledd tilsvarer tidligere konkurranselov § 3-11 fjerde ledd og skal tolkes på samme måte³. Lovforståelse og praksis knyttet til den sistnevnte bestemmelsen vil derfor være relevante ved tolkningen og anvendelsen av gjeldende konkurranselov § 19 tredje ledd. I vurderingen av om det vil være nødvendig å treffe et slikt vedtak, er det videre uttalt i forarbeidene at tilsynet skal ha en vid skjønnsadgang.

2.2 Konkurranseloven § 19 tredje ledd bokstav a - rimelig grunn til å anta at ervervet kan lede til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen

- (16) Konkurranseloven § 19 tredje ledd bokstav a oppstiller som tidligere nevnt et krav om at det må være rimelig grunn til å anta at ervervet kan lede til eller forsterke en vesentlig begrensning av

² Ot.prp. nr. 35 (2007-2008) side 9, jf. Ot.prp. nr. 97 (1998-1999) kapittel 4.8.

³ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) kapittel 7.6.

konkurransen. I forarbeidene til konkurranseloven av 1993 § 3-11 fjerde ledd⁴ er det pekt på at selv om vilkåret skal tolkes strengt, er det ikke meningen at Konkurransetilsynet i sin vurdering skal være nødt til å foreta en tilnærmet fullstendig materiell inngrepsvurdering, tilsvarende den som kreves ved vedtak mot selve foretakssammenslutningen.

- (17) Et pålegg om midlertidig gjennomføringsforbud vil ut fra ovennevnte vilkår bare være aktuelt i de tilfeller hvor Konkurransetilsynet har rimelig grunn til å anta at vedkommende bedriftsserverv tilfredsstillende kravet til begrensning av konkurransen⁵. Dersom konkurransen i et marked er vesentlig begrenset, vil de involverte foretak kunne utøve markedsrett. Med markedsrett menes vanligvis en bedrifts evne til, alt annet likt, å kunne gjennomføre en varig og ikke ubetydelig prisøkning, uten at omsatt kvantum synker så mye at det blir ulønnsomt.
- (18) Det er flere forhold som er relevante i vurderingen av graden av konkurranseintensiteten i et marked, og dermed for aktørenes muligheter til å utøve markedsrett. Sentrale momenter er konsentrasjonsgrad, konkurrenters responsmuligheter, etableringsmuligheter, potensiell konkurranse, kjøperrett og produktenes substituerbarhet. Disse faktorene virker sammen og påvirker graden av konkurranse.
- (19) Markedsandeler brukes til å beregne konsentrasjonen i markedet. Konkurransetilsynet legger til grunn at høy markedskonsentrasjon normalt vil være en nødvendig, men ikke en tilstrekkelig betingelse for å fastslå at konkurransen er begrenset. Det er likevel slik at jo høyere konsentrasjonen er i et marked, desto mer sannsynlig er det at konkurransen i markedet er vesentlig begrenset.
- (20) For å beregne partenes markedsandeler og konsentrasjonen i markedet, må det foretas en avgrensning av det eller de relevante markedene. I en tidlig fase av saken vil Konkurransetilsynet normalt støtte seg på egen tidligere praksis, praksis fra andre konkurransemyndigheter, og partenes egne vurderinger når de relevante markedene skal avgrenses. Partene har i den fullstendige meldingen, samt i etterfølgende korrespondanse, gitt opplysninger om flere markeder og anslag over markedsandeler. Det understrekes at vurderingene nedenfor er av foreløpig karakter, og er i stor utstrekning basert på de opplysningene som foreligger på det nåværende tidspunkt.
- (21) Partene er vertikalt integrerte og har overlapp på flere nivå i verdikjeden for asfalt. Basert på opplysninger fra partene og ulike aktører i markedet, synes oppkjøpet å berøre markedene for pukk/grus, bitumen og asfalt.
- (22) Tilsynet legger foreløpig til grunn at de relevante markedene har en lokal/regional utstrekning, men tilstedeværelsen av mobile asfaltverk gjør at det må ses nærmere på hvilken betydning disse har for utstrekningen av de regionale markedene som blir berørt. I tillegg må de potensielle nasjonale effektene vurderes.
- (23) Etter tilsynets vurdering, vil Lemminkäinen gjennom oppkjøpet av Mesta oppnå en betydelig markedsandel i enkelte regionale områder. Dette er områder som i dag er preget av få aktører og der markedet allerede har en høy grad av konsentrasjon. Den foreløpige vurderingen er at oppkjøpet reiser problemstillinger knyttet til både ensidige og koordinerte effekter i de regionale markedene, men også potensielt på landsbasis.
- (24) Videre vil det i pukk-/grusmarkedet kunne være en problemstilling at mindre asfaltaktører kan få problemer med leveranser av riktig pukk/kvalitet til asfalten, ettersom flere av de større aktørene er vertikalt integrert.
- (25) På det nåværende stadium i saksbehandlingen er Konkurransetilsynet av den oppfatning at kjøperrett eller andre faktorer ikke vil kunne motvirke en eventuell markedsrett som Lemminkäinen vil kunne oppnå gjennom foretakssammenslutningen.

⁴ Ot.prp. nr. 97 (1998-1999) s. 20.

⁵ Se Ot.prp. nr. 97 (1998-1999) kapittel 4.8.

- (26) Konkurransetilsynet er etter dette kommet til at det foreligger rimelig grunn til å anta at foretakssammenslutningen vil kunne lede til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen.

2.3 Konkurranseloven § 19 tredje ledd bokstav b - midlertidig forbud må være nødvendig for å sikre gjennomføringen av et eventuelt inngrep etter § 16

- (27) Konkurranseloven § 19 tredje ledd bokstav b oppstiller videre et krav om at det må vurderes som nødvendig med et midlertidig forbud for å sikre gjennomføringen av et eventuelt inngrep etter § 16. Hvorvidt det er nødvendig med et midlertidig forbud for å sikre gjennomføringen av et inngrep skal i følge forarbeidene bero på en konkret vurdering der bl.a. omstendighetene rundt fusjonsplanene og markedet, sannsynligheten for et senere inngrep og hensynet til partenes behov for å starte gjennomføringen av den aktuelle foretakssammenslutningen vil være sentrale momenter. Det vil også kunne være relevant å se hen til de økonomiske skadevirkninger et midlertidig gjennomføringsforbud vil ha for de involverte parter.
- (28) Det er Konkurransetilsynets foreløpige vurdering at partenes samlede markedsandel, og den høye konsentrasjonen i de relevante markedene, isolert sett tilsier at det kan bli tale om et inngrep i herværende sak.
- (29) Konkurransetilsynet har for øvrig mottatt opplysninger fra partene som tilsier at en viktig premis for kjøpet er å kunne starte integrasjonsprosessen så snart som mulig. Konkurransetilsynet har forståelse for partenes ønske om en rask avklaring av spørsmålet om hvorvidt tilsynet vil gripe inn mot foretakssammenslutningen. Tilsynet ser det imidlertid som viktig i herværende sak at selskapene ikke får anledning til å foregripe utfallet av tilsynets behandling av saken ved å påbegynne integrasjonsprosessen, idet dette vil kunne medføre iverksettelse av tiltak og utveksling av forretningssensitiv informasjon som vil kunne vanskeliggjøre et eventuelt senere inngrep. Det samme gjelder dersom selskapene iverksetter fellesprosjekter gjennom felles markedsføring eller salg, forhandlinger med kunder eller leverandører eller for øvrig iverksetter organisatoriske endringer.
- (30) Konkurransetilsynet legger videre vekt på at de konkurransemessige bekymringene som foretakssammenslutningen etter tilsynets foreløpige vurdering reiser, gjelder vesentlige deler av de relevante markedene. Det vil derfor ikke være mulig å avgrense et pålegg om midlertidig gjennomføringsforbud til deler av foretakssammenslutningen. Et fullt gjennomføringsforbud vil derfor være nødvendig og forholdsmessig.
- (31) Med henvisning til det ovennevnte er Konkurransetilsynet av den oppfatning at hensynet til å sikre gjennomføringen av et eventuelt framtidig inngrepsvedtak i denne saken, veier tyngre enn partenes konkrete behov for å starte en integrasjonsprosess.
- (32) Konkurransetilsynet finner derfor at et midlertidig forbud mot integrasjon av selskapet sin virksomhet, er nødvendig for å kunne gjennomføre et eventuelt senere vedtak om inngrep etter konkurranseloven § 16.

3 Vedtak om midlertidig forbud

- (33) På denne bakgrunn, og med henvisning til § 19 tredje ledd, har Konkurransetilsynet fattet følgende vedtak:

Lemminkäinen Norge AS og Mesta Industri AS forbys å iverksette integrasjon av selskapene inntil Konkurransetilsynets endelige avgjørelse i saken foreligger. Dette innebærer at selskapene i denne perioden må opptre helt uavhengig av hverandre, både seg i mellom og i forhold til kunder, leverandører og andre.

Vedtaket trer i kraft 26. januar 2011 og gjelder frem til endelig vedtak eller avgjørelse etter konkurranseloven § 16 foreligger.

Vedtaket kan påklages innen tre uker fra mottak av dette brev, jf. forvaltningsloven § 29 første ledd. En eventuell klage stiles til Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet, men sendes til Konkurransetilsynet.

Med hilsen

Eirik Stolt-Nielsen (e.f.)
avdelingsdirektør

Ingrid Kjelstad Gullaksen
seksjonsleder