

BRG Corporate v/Harald Kristofer Berg
Tennisveien 20 a
0777 Oslo
Norge

Deres ref.:

Vår ref.: 2012/0895-19

Dato: 16.01.2013

Vedtak V2013-2 - Sandella Fabrikken AS - Westnofa Industrier AS - konkurranseloven § 19 tredje ledd - pålegg om midlertidig gjennomføringsforbud

Innledning

- (1) Konkurransetilsynet viser til varsel om pålegg om midlertidig gjennomføringsforbud 11. januar 2013 og merknader til varselet fra melder ved brev 15. januar 2013.
- (2) Sandella Fabrikken AS (heretter Sandella) har inngått avtale om kjøp av Westnofa Industrier AS (heretter Westnofa) sin fleksible komfort formskumproduksjon med tilhørende maskiner, løsøre og relaterte kundeforhold. Kjøpet utgjør en foretakssammenslutning i konkurranselovens forstand, jf. konkurranseloven¹ § 17.
- (3) Sandella og Westnofa er begge aktører innen produksjon og salg av polyuretanskum.
- (4) 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, 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.
- (5) I herværende sak mottok Konkurransetilsynet frivillig fullstendig melding om foretakssammenslutningen 4. desember 2012. Dette innebærer at fristen for å varsle at inngrep kan bli aktuelt er 11. januar 2013. Varsel om at inngrep kan bli aktuelt ble sendt samtidig som varsel om pålegg om midlertidig gjennomføringsforbud.
- (6) 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.

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

- (7) 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 foretakssammenslutninger.²
- (8) Konkurransetilsynet har nedenfor vurdert om vilkårene for pålegg om midlertidig gjennomføringsforbud i medhold av konkurranseloven § 19 tredje ledd er oppfylt i herværende sak.

Midlertidig gjennomføringsforbud etter konkurranseloven § 19 tredje ledd

2.1 Rettslig utgangspunkt

- (9) 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 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.
- (10) De angitte vilkårene er kumulative og må begge være oppfylt for at tilsynet kan gi pålegg om midlertidig gjennomføringsforbud utover det automatiske gjennomføringsforbudet i første ledd.
- (11) I forarbeidene til konkurranseloven er det pekt på at konkurranseloven § 19 tredje ledd tilsvarende tidligere konkurranselov § 3-11 fjerde ledd og skal tolkes på samme måte.³ Lovforståelse og praksis knyttet til den sistnevnte bestemmelsen vil derfor være relevant 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 sammenslutningen kan lede til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen

- (12) Konkurranseloven § 19 tredje ledd bokstav a oppstiller som nevnt et krav om at det må være rimelig grunn til å anta at sammenslutningen kan lede til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen. I forarbeidene til konkurranseloven av 1993 § 3-11 fjerde ledd 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 inngrepvurdering, tilsvarende den som kreves ved vedtak mot selve foretakssammenslutningen.⁴
- (13) 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 foretakssammenslutning tilfredsstiller kravet til begrensning av konkurransen.⁵ Dersom konkurransen er vesentlig begrenset, vil de involverte foretak kunne utøve markedsrett. Med

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.

⁴ Ot.prp. nr. 97 (1998-1999) s. 20.

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

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.

- (14) 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 produktens substituerbarhet. Disse faktorene virker sammen og påvirker graden av konkurranse.
- (15) Markedsandeler brukes til å beregne konsentrasjonen i markedet. Konkurransetilsynet legger til grunn at høy markedsrett konsentrasjon 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.
- (16) For å beregne partenes markedsandeler og konsentrasjonen i markedet, må det foretas en avgrensning av det eller de relevante markedene. Tilsynet understreker at vurderingene nedenfor er av foreløpig karakter.
- (17) Konkurransetilsynets foreløpige vurdering er at det relevante markedet i denne saken er avgrenset til markedet for produksjon og salg av formskum i Norge. Formsium er en type polyuretanskum som produseres i formstøp. Formsium er plasskrevende produkter i forhold til verdien, og transport over lange avstander vil derfor kunne utgjøre en vesentlig kostnad. Dette medfører at det geografiske markedet etter tilsynets foreløpige vurdering er avgrenset til Norge.
- (18) Melder fremhever i brev 15. januar 2013 at de ikke er enige i den foreløpige vurderingen om at foretakssammenslutningen tilfredsstillende kravet til begrenset konkurranse. Blant annet vises det til at Konkurransetilsynets geografiske markedsavgrensning ikke stemmer overens med melderens høye andel eksport, og at Sandellas samlede markedsandel i et videre marked vil være ubetydelig.
- (19) Det er likevel Konkurransetilsynets foreløpige vurdering at de betydelige kostnadene knyttet til transport av formstøpt skum i forhold til den samlede verdien av produktet, tilsier at markedet er avgrenset til Norge.
- (20) Partene er etter tilsynets foreløpige vurdering de største produsentene av formsium i Norge. Med kjøpet av Westnofa sin formsiumvirksomhet fjerner Sandella sin nærmeste og mest betydningsfulle konkurrent. Basert på partenes opplysninger og tilsynets foreløpige estimater vil Sandella oppnå en markedsandel på over 50 prosent. Markedsandeler på over 50 prosent gir presumsjon for at konkurransen vil bli vesentlig begrenset som følge av foretakssammenslutningen.
- (21) Det er Konkurransetilsynets foreløpige oppfatning at det er begrenset potensiell konkurranse og at verken kjøperrett eller andre faktorer vil kunne motvirke den ensidige markedsretten som Sandella vil kunne oppnå gjennom foretakssammenslutningen.
- (22) Konkurransetilsynet har etter dette kommet til at det foreligger rimelig grunn til å anta at foretakssammenslutningen vil kunne lede til eller forsterke en vesentlig begrenset konkurranse.

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

- (23) 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 ifølge forarbeidene bero på en konkret vurdering der bl.a. omstendighetene rundt foretakssammenslutningen 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 for de involverte parter i vurderingen.
- (24) Som det fremgår av vurderingen av det første vilkåret, er det Konkurransetilsynets foreløpige vurdering at partenes samlede markedsandel i markedet tilsier at det kan bli tale om inngrep mot foretakssammenslutningen. Det er derfor viktig å sikre at et slikt eventuelt inngrep blir effektivt.
- (25) Konkurransetilsynet har forståelse for at partene ønsker en rask avklaring av hvorvidt Konkurransetilsynet vil gripe inn mot foretakssammenslutningen. Tilsynet ser det imidlertid som viktig 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 forretnings sensitiv informasjon som vil kunne vanskeliggjøre et eventuelt senere inngrep. Det samme gjelder dersom selskapene iverksetter felles prosjekter gjennom felles markedsføring eller salg, forhandlinger med kunder eller leverandører eller for øvrig iverksetter organisatoriske endringer.
- (26) Konkurransetilsynet legger videre vekt på at de konkurransemessige bekymringene som foretakssammenslutningen etter tilsynets foreløpige vurdering reiser, gjelder i hele Norge. 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.
- (27) Med henvisning til det ovennevnte er Konkurransetilsynet av den oppfatning at hensynet til å sikre gjennomføringen av et eventuelt fremtidig inngrepsvedtak i denne saken, veier tyngre enn partene sitt konkrete behov for å starte en integrasjonsprosess.
- (28) Konkurransetilsynet finner derfor at et midlertidig gjennomføringsforbud mot integrasjon av selskapenes virksomhet, er nødvendig for å kunne gjennomføre et eventuelt senere vedtak om inngrep etter konkurranseloven § 16.

3 Vedtak om midlertidig forbud

- (29) På denne bakgrunn, og med henvisning til konkurranseloven § 19 tredje ledd, har Konkurransetilsynet fattet følgende vedtak:
- (30) *Sandella Fabrikken AS og Westnofa Industrier AS forbys å iverksette integrasjon av Westnofa Industrier AS sin fleksible komfort formskumvirksomhet med Sandella Fabrikken AS 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 fra dags dato 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 skal fremsettes for Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet, men sendes til Konkurransetilsynet.

Med hilsen

Ingrid Kjeldstad Gullaksen (e.f.)
avdelingsdirektør

Eivind Campbell Lillesveen
førstekonsulent

Kopi til:

Advokatfirmaet
Wiersholm AS

Postboks 1400
Vika

0115 OSLO

Norge

Anette
Halvorsen
Aarset