



DET KONGELIGE FORNYINGS-
OG ADMINISTRASJONSDEPARTEMENT

Økland & Co DA Advokatfirma
v/advokat Magne Teigland
Postboks 63
2001 Lillestrøm

Deres referanse
2595/48362/MED

Vår referanse
200803057

Dato
15. januar 2009

Klage fra Biltema Norge AS på Konkurransetilsynets avgjørelse A2008-17 – konkurranseloven § 12, jf. § 10 - avslag på anmodning om å gripe inn mot samarbeid mellom Respo MTS Norge AS og Golvimporten Entreprenad AB

Det vises til klage fra Biltema Norge AS av 17. juli 2008 på Konkurransetilsynets avgjørelse A2008-17 av 24. juni 2008. Klagen er oversendt Fornyings- og administrasjonsdepartementet ved tilsynets brev av 17. november 2008.

1. Sakens bakgrunn

Klagen gjelder påstått ulovlig samarbeid mellom Respo MTS Norge AS (Respo) og Golvimporten Entreprenad AB (Golvimporten) i mars 2005 i forbindelse med at Biltema AS (Biltema) hadde utlyst anbud på legging av ca. 2 000 kvadratmeter granittfliser i et nytt lokale i Ålesund. Biltema hadde selv skaffet fliser, men ønsket tilbud på legging av disse.

Respo og Golvimporten la først inn konkurrerende tilbud, der Respos tilbud lå 110 kroner under Golvimporten per kvadratmeter. Respo trakk imidlertid tilbudet, da foretaket ble klar over at Golvimporten også var tilbyder. Begrunnelsen var at firmaet hadde et samarbeid med Golvimporten som hindret konkurrerende tilbud. Da Biltema ble kjent med samarbeidet, ble oppdraget gitt til en annen leverandør. Advokat Magne Teigland i advokatfirmaet Økland & Co. DA kontaktet 22. april 2005 Konkurransetilsynet på vegne av Biltema om foranstående atferd, som etter Biltemas oppfatning, måtte være en overtredelse av konkurranseloven § 10. Det ble bedt om at tilsynet vurderte sanksjoner etter konkurranseloven § 28 følgende.

2. Konkurransetilsynets varsel om inngrep og overtredelsesgebyr av 5. juli 2007 og vedtak A2008-17 av 24. juni 2008

Den 5. juli 2007 varslet Konkurransetilsynet Respo og Golvimporten om pålegg om opphør av ulovlig atferd etter konkurranseloven § 12 første ledd jf. § 10 og overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29, jf. § 10 til på henholdsvis 500.000 kroner og 700.000 kroner. Det fremgikk av varselet at tilsynet hadde vurdert lovligheten av samarbeidet mellom Respo og Golvimporten på et mer generelt grunnlag og ikke bare adferden ved tilbudene til Biltema.

I varselet vurderte tilsynet de foreliggende opplysningene opp mot forbudet i konkurranseloven § 10 første ledd. Det ble gjort rede for at forbudet gjelder avtaler eller samordnet opptreden mellom uavhengige foretak, som har som formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen. Det er pekt på at forbudet gjelder både konkurransebegrensninger mellom foretak på samme omsetningstrinn (horisontalt samarbeid) og på forskjellige omsetningstrinn (vertikalt samarbeid). For at et samarbeid skal være forbudt må konkurransen begrenses merkbart. Det er på dette punkt opplyst at dette ikke fremgår direkte av lovteksten, men av de særlige merknadene i forarbeidene til § 10¹ og de tilsvarende bestemmelser i EØS-avtalen artikkel 53 og EF-traktaten artikkel 81. Det er vist til at samarbeidets form ikke er avgjørende, både skriftlige og muntlige, uttrykkelige og stilltiende avtaler omfattes, og at det ikke er krav om at det foreligger en rettslig bindende avtale.

I varselet beskriver tilsynet samarbeidet mellom partene som tett. Det er pekt på at det har vart siden 1992 og blant annet gjelder salg av terrazzofliser og legging av gulv i Norge og at det som ledd i samarbeidet har foregått kundedeling i forbindelse med oppdrag i det norske markedet. Samarbeidet har ifølge tilsynet resultert i at partene har vært beskyttet mot konkurranse fra hverandre og at partene har fulgt opp dette samarbeidet i en rekke prosjekter. Som ledd i samarbeidet anså Respo seg bundet til ikke å levere konkurrerende tilbud på gulvlegging i Biltemas butikker i Norge. Resultatet viste seg ved at Respo trakk sitt tilbud til Biltema Ålesund under henvisning til at også Golvimporten hadde lagt inn tilbud. Tilsynet konkluderte bl.a. på bakgrunn av at både Respo og Golvimporten leverte tilbud om legging av granittgulv til Biltema Ålesund med at foretakene er aktive i samme marked, nemlig legging av gulvflater og derfor er (potensielle)konkurrenter og at de ved sitt samarbeid hadde overtrådt konkurranseloven § 10. Det ble vist til at kundedeling mellom konkurrenter vanligvis medfører høyere pris for oppdragsgiver og er en alvorlig begrensning av konkurransen som er særlig skadelig. Videre ble overtredelsen ansett som forsettelig. Dette talte etter tilsynets oppfatning for at samarbeidet hadde et konkurransebegrensende formål og at det dermed ikke var nødvendig å undersøke de konkurransebegrensende virkningene av samarbeidet. Overtredelsens art og at samarbeidet var langvarig talte etter tilsynets oppfatning for et betydelig overtredelsesgebyr.

¹ Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) s. 225

Tilsynet vurderte i varslet om det forelå en ekte agentavtale, slik at Respo og Golvimporten i forholdet til hverandre ikke kunne regnes som to selvstendige foretak og at samarbeidet dermed falt utenfor virkeområdet for konkurranseloven § 10. Men tilsynet kom til at ikke var noen identifikasjon mellom de to foretakene. Om det i sammenheng med oppdrag etter avtalen skjer en identifikasjon mellom partene beror i hovedsak på graden av økonomisk eller kommersiell risiko som agenten bærer i forbindelse med virksomheten.² Tilsynet fant ikke dokumentasjon som sannsynliggjorde at det forelå en ekte agentavtale.

Tilsynet mottok 5. november 2007 kommentarer til varselet fra advokat Mads Magnussen i Wikborg, Rein & Co på vegne av Golvimporten, og i januar og februar 2008 ble det avholdt møter med partene, der merknadene ble utdypet.

I avgjørelse A2008-17 av 24. juni 2008 avslo Konkurransetilsynet å pålegge opphør etter konkurranseloven § 12 tredje ledd for den påståtte ulovlige atferden til Respo og Golvimporten.

Tilsynet begrunner avgjørelsen med at det etter 5. juli 2007 er kommet nye opplysninger som har skapt større usikkerhet om tilsynets konklusjon mht. tilknytning og økonomiske forhold mellom Respo og prinsipalen Golvimporten slik at selskapene ikke kan betraktes som to uavhengige foretak. Konkurransetilsynet vurderer det derfor ikke som aktuelt "å konstatere et ulovlig samarbeid". En eventuell ytterligere utredning i saken vil ifølge tilsynet kreve at en forsøker å bringe på det rene hva som har vært partenes praksis i en lang rekke prosjekter i de årene samarbeidet har pågått. En slik undersøkelse vil imidlertid være ressurskrevende, og tilsynet finner ikke at det er forholdsmessig å prioritere ytterligere saksbehandling basert på de opplysninger som foreligger i saken.

Det anføres at tilsynet har en betydelig skjønnsmessig adgang til å prioritere sine ressurser og derved hvilke saker det finner hensiktsmessig å ta opp til behandling. Det er vist til Fornyings- og administrasjonsdepartementet uttalelser i tidligere saker på dette punkt.

Det er videre uttalt at det likevel er partenes ansvar å sikre at de ikke innretter seg på en måte som kan føre til overtredelser av konkurranseloven. Det er uttalt at "De deler av avtaleforholdet som faller utenfor rammene av et ekte agentforhold vil fremdeles kunne rammes av konkurranseloven § 10 dersom disse fører til bindinger i markedet."³

² EFTAs overvåkningsorgans retningslinjer for vertikale begrensninger, EØS-supplementet til EF-tidende nr. 2002/26/03, punkt 12-20.

³ Sak C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio v Compañía Española de Petróleos SA, avsnitt 62.

3. Klage fra Biltema Norge AS

I klage av 17. juli 2008, på vegne av Biltema, anfører advokatfirmaet Økland & Co. DA ved advokat Maria E. Duna, at påstander om et såkalt "ekte agentforhold" mellom Respo MTS Norge AS og Golvimporten Entreprenad AB ikke kan ses begrunnet i vedtaket.

Biltema ber opplyst hvilken informasjon tilsynet sikter til når det hevdes at det etter varselet av 5. juli 2007 er "fremkommet nye opplysninger" om samarbeidsforholdene mellom de to selskaper som innebærer at det anses sannsynliggjort et lovlig samarbeid.

Det er videre vist til at tilsynet vurderer det som nødvendig å gå langt tilbake i tid for evt. å fastslå karakteren av aktørenes samarbeid før en klassifisering av dette opp mot konkurranselovens § 10 kan foretas, og at tilsynet med hjemmel i lovens § 12 har valgt ikke å prioritere dette. Tilsynets vurderinger på dette punktet er etter klagers oppfatning basert på sviktende faktagrunnlag. Klager er uenig i at det må foretas omfattende historiske ressurskrevende undersøkelser. Det avgjørende må, slik klager ser det, være om det kan påvises grunnlag for en påstand om et ekte agentforhold i saken. Det påpekes at de aktuelle arbeider som var bestilt av Biltema, kun var en arbeidsentreprise og ikke innebar noen form for materialleveranser. Klager har derfor vanskelig for å se at det i det aktuelle tilfellet forelå noen form for ekte agentforhold med Golvimporten som prinsipal. Slik Biltema ser det, er aktørenes opptreden et klart prissamarbeid i strid med konkurranseloven § 10. Biltema ser det som svært alvorlig dersom ikke konkurransemyndighetene prioriterer å slå ned på så vidt åpenbare overtredelser. Enhver aktør vil etter klagers oppfatning kunne hevde at det foreligger et historisk og langvarig samarbeid av en slik karakter at det må klassifiseres som et såkalt "ekte agentforhold".

4. Konkurransetilsynets kommentarer til klagen av 17. november 2008

Konkurransetilsynet gjorde i sine kommentarer til klagen rede for hvilke informasjon som førte til at tilsynet revurderte sin opprinnelige oppfatning av samarbeidsforholdet mellom Respo og Golvimporten. Det fremgår at partene ga merknader til varselet 5. november 2007 og at tilsynet i januar og februar 2008 avholdt møter med partene, der merknadene ble utdypet. Tilleggsopplysninger og presiseringer gjør i følge Konkurransetilsynet at "det ikke kan sannsynliggjøres at det generelle samarbeidsforholdet mellom partene ikke utgjør et ekte agentforhold, og at det ikke foreligger tilstrekkelig bevismessig grunnlag for å pålegge opphør av ulovlig atferd etter konkurranseloven § 12 første ledd og for å gripe inn mot samarbeidsforholdet som varslet 5. juli 2007".

I forbindelse med klagers anførsel om at det i avgjørelse A2008-17 mangler begrunnelse for en såkalt ekte agentavtale, gir Konkurransetilsynet en omtale av momenter som kan tale for at partenes oppførsel ved tilbudene til Biltema i Ålesund var et utslag av en slik avtale, og ikke som tidligere antatt et ulovlig samarbeid etter krrl. § 10. Konkurransetilsynet redegjør for en del punkter i varselet av 5. november 2007 der tilsynet kan ha feiltolket og misforstått dokumenter og opplysninger i tilknytning til agentforholdet,

herunder møtereferat av 3. april 2002 og avtale om priser. Det er nevnt at de priser og kalkulasjoner som er avtalt, gjelder beregninger som Respo er forutsatt å bruke ved salg og konkurranse om oppdrag på Golvimportens vegne. Aril Dahl i Respo opptrer som prosjektleder for oppdragene og denne rollen er en del av agentoppdraget. Respo har ingen økonomisk risiko og mottar en fast provisjon for oppdrag som innhentes for Golvimporten. Kostnadene for Respos retting av feil dekkes av Golvimporten. Resultatet av nye opplysninger og presiseringer er at tidligere fremlagte dokumenter ikke kan tillegges slik bevismessig vekt som tilsynet først antok.

Tilsynet imøtegår Biltemas anførsel om at arbeidsentrepriser ikke kan være en del av et agentforhold, ved henvisning til retningslinjene for vertikale begrensninger fra EFTAs overvåkingsorgan. At det aktuelle oppdraget for Biltema, der partene unnlot å konkurrere, var en arbeidsentreprise utelukker etter tilsynets oppfatning ikke at slike oppdrag er innenfor en avtale og er ikke bevis for at det ikke foreligger et ekte agentforhold.

Det foreligger etter tilsynets oppfatning ikke tilstrekkelig bevismessig grunnlag til å pålegge opphør av ulovlig atferd etter konkurranseloven § 12 første ledd og sanksjonere samarbeidsforholdet slik som varslet 5. juli 2007. Konkurransetilsynet vil derfor opprettholde avgjørelsen om ikke å pålegge opphør og beslutningen om ikke å prioritere ytterligere ressurser til videre behandling av saken.

5. Departementets vurdering og konklusjon

Konkurransetilsynets avslag på anmodning om pålegg om opphør etter konkurranseloven § 12 kan påklages til departementet, jf. konkurranseloven § 12 tredje ledd. Fristen for å påklage Konkurransetilsynets vedtak er tre uker fra tidspunktet om underretning om vedtaket er kommet frem til vedkommende part, jf. forvaltningsloven § 29 første ledd. Etter tilsynets oppfatning er klagen ikke fremsatt rettidig, men tilsynet har likevel, etter en samlet vurdering, funnet det rimelig at klagen tas under behandling. I denne sammenheng er det vist til at saken har reist en rekke problemstillinger og at fristoverskridelsen er liten. Departementet er enig i at klagen bør behandles på vanlig måte.

Konkurransetilsynet begrunner sitt avslag om pålegg av opphør 24. juni 2008 med at det ikke har tilstrekkelige opplysninger til å kunne bevise at konkurranseloven § 10 er overtrådt. Tvilen er ifølge tilsynet i utgangspunktet knyttet til spørsmålet om Respo og Golvimporten kan betraktes som uavhengige virksomheter eller i realiteten er en økonomisk enhet pga. av en ekte agentavtale. Det vil i tilfelle medføre at § 10 ikke kan anvendes på samarbeidet etter avtalen. Selv om partene ikke har klart å dokumentere at alt samarbeid mellom dem er en del av en ekte agentavtale, så har tilleggsopplysningene som er gitt etter varselet, likevel bidratt til at presumsjonen om et konkurransebegrensende formål både for det løpende samarbeidet dem imellom og for den påklagede opptreden ved tilbudene til Biltema i Ålesund blitt mindre sannsynlig enn tilsynet antok i sitt varsel 5. juli 2007.

Konkurransetilsynet har i kommentarene gitt en redegjørelse for undersøkelser som er gjort i saken, de informasjonen som er mottatt og på hvilken måte dette har resultert i en svekket sannsynlighet for at den tidligere antagelse om at det generelle samarbeidet mellom partene utgjør en overtredelse av konkurranseloven § 10. Så vidt departementet forstår mener tilsynet at opplysninger og klargjøringer fra Respo og Golvimporten har bidratt til å sannsynliggjøre, at det foreligger en ekte agentavtale mellom partene. Opplysningene har også bidratt til at manglende konkurranse om oppdraget for Biltema Ålesund kan forklares med at oppdraget omfattes av en ekte agentavtale, slik at samarbeidet faller utenfor § 10 eller være nødvendig for å kunne gjennomføre avtalen.

Konkurransetilsynet har imidlertid, slik departementet oppfatter det, konkludert med at de foreliggende informasjonen til sammen verken avkrefter eller bekrefter påstanden om at det foreligger en overtredelse av konkurranseloven § 10, når det gjelder den påklagede enkelthendelsen i Ålesund, eller at det generelle samarbeidet dem i mellom er i strid med bestemmelsen. Dette kan etter tilsynets oppfatning ikke avgjøres med sikkerhet uten mer inngående informasjon om partenes tidligere praksis. I forhold til sannsynligheten for en overtredelse, mener tilsynet at dette arbeidet vil bli for ressurskrevende. Avgjørelse A2008-17 og vurderingen av klagen går derfor ut på å legge bort saken.

Departementet har vurdert om tilsynets prioritering i saken kan aksepteres, og om tilsynets avgjørelse oppfyller kravene til begrunnelse i konkurranseloven § 12 tredje ledd. Som tilsynet nevner i sine kommentarer til klagen, må det av begrunnelsen som et minimum fremgå hvorfor tilsynet har valgt å avstå fra å treffe et vedtak etter konkurranseloven § 12 første ledd.

Som tilsynet uttaler, krever inngrep etter konkurranseloven § 12 at det foreligger bevis for overtredelse av konkurranseloven § 10. Tilsynet har konkludert med at nåværende opplysninger ikke gir grunnlag for inngrep etter konkurranseloven § 12 første ledd samt at opplysningene heller ikke gir grunnlag for å prioritere ressurser til videre informasjonsinnhenting med sikte på å treffe realitetsvedtak.

Departementet mener at tilsynet er nærmest til å vurdere om det har all nødvendig relevant informasjon eller om det er behov for å gjennomføre ytterligere informasjonsinnhenting for å oppfylle lovens beviskrav for evt. å kunne treffe et realitetsvedtak.

Departementet har videre i tidligere vedtak, som påpekt av Konkurransetilsynet, uttalt at tilsynet har en betydelig skjønnsmessig adgang til å prioritere sine ressurser og vurdere hvilke saker det er hensiktsmessig å ta opp til behandling. Dette må også gjelde beslutningen om å legge bort saken uten realitetsavgjørelse etter en tids behandling, som i dette tilfellet etter en avveining mot ytterligere bruk av ressurser.

Departementet finner på denne bakgrunn og ut fra sakens begrensede samfunnsøkonomiske betydning ikke grunnlag for å overprøve tilsynets nedprioritering.

Departementet mener også at Konkurransetilsynet i tilstrekkelig grad har redegjort for og vurdert de spørsmål som klagers henvendelse ga grunnlag for, herunder gitt en nærmere redegjørelse for sin endrede oppfatning mht. anvendelse av konkurranseloven § 10 og hvorfor tilsynet ikke vil bruke mer ressurser på saken. Tilsynets avgjørelse oppfyller således konkurranselovens krav til begrunnelse for vedtak etter loven § 12 tredje ledd.

Departementet har merket seg at tilsynet som argument for å ta opp klagen til behandling, til tross for at den kom noe for sent, peker på at den reiser en rekke problemstillinger. Tilsynet har likevel lagt bort saken under henvisning til behovet for å innhente ytterligere informasjon. Tilsynet har således i liten grad foretatt en avklaring av disse problemstillingene. Departementet ser at en slik drøfting kunne vært ønskelig, men det gjør ikke at den begrunnelsen som er gitt, anses utilstrekkelig i forhold til det som bør kreves etter konkurranseloven § 12 tredje ledd. Når saken ender med at det ikke blir konkludert med noen overtredelse, kan det etter departementets oppfatning ikke stilles like store krav til begrunnelse som ved konstatering av overtredelse og vedtak om sanksjon.

På denne bakgrunn har Fornyings- og administrasjonsdepartementet truffet følgende vedtak:

Klagen fra Biltema Norge AS vedrørende Konkurransetilsynets avgjørelse A2008-17 tas ikke til følge.

Med hilsen

Steinar Undrum (e.f.)
avdelingsdirektør

Karin Kilset
seniorrådgiver

Kopi: Konkurransetilsynet
Respo MTS Norge AS
Golvimporten Entreprenad AB