



DET KONGELIGE FORNYINGS-,
ADMINISTRASJONS- OG KIRKEDEPARTEMENT

Advokatfirmaet Wikborg Rein
Kronprinsesse Märthas pl. 1
0160 OSLO

Opplysninger satt i skarpe
klammer og angitt i intervaller,
er unntatt offentlighet etter
offentleglova § 13 første ledd, jf.
forvaltningsloven § 13 første
ledd nr. 2.

Deres ref.

Vår ref.
12/2857

Dato
18. mars 2013

Klage på Konkurransetilsynets vedtak V2012-16

1. Innledning

Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet viser til klage fra Lemminkäinen Norge AS (Lemminkäinen) av 18. juli 2012 på Konkurransetilsynets vedtak V2012-16 av 29. juni 2012. Konkurransetilsynet fastholdt sitt vedtak og oversendte klagen til behandling i departementet ved tilsynets brev 25. september 2012, jf. forvaltningsloven¹ § 33 fjerde ledd. Klagen er således rettidig, jf. forvaltningsloven § 29 første ledd.

Konkurransetilsynet grep i vedtak av 16. mai 2011 (V2011-8) inn mot foretakssammenslutningen mellom Lemminkäinen Norge AS og Mesta Industri AS (Mesta). I vedtaket ble foretakssammenslutningen mellom Lemminkäinen og Mesta tillatt på det vilkår at Lemminkäinen selger selskapets asfaltverk i Harstad. Inngrepsvedtaket ble ikke påklaget av partene.

Ved brev av 13. desember 2011 orienterte Lemminkäinen Konkurransetilsynet om at det var oppnådd enighet med Scandinavian Repaving Recycling AS (SRR) om kjøp av Lemminkäinenens asfaltverk i Harstad.

Klagen gjelder Konkurransetilsynets vedtak av 29. juni 2012 (V2012-16), hvor SRR ikke ble godkjent som kjøper av asfaltverket.

Lemminkäinen påklaget ved brev 18. juli 2012 Konkurransetilsynets vedtak om ikke å godkjenne SRR som kjøper. Konkurransetilsynet fastholdt sitt vedtak og oversendte klagen til behandling i departementet 25. september 2012.

¹ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.

Departementet har hatt et møte med klager 17. oktober 2012.

2. Partene

Lemminkäinen produserer og legger asfalt. Foretaket har også virksomhet innenfor produksjon av pukk og grus samt vedlikeholdsarbeid på veier. Lemminkäinen hadde i 2011 en omsetning på om lag 2,2 milliarder kroner, og er et heleid datterselskap av finske Lemminkäinen Infra Oyj.

SRR er entreprenør innen bygging og vedlikehold av veier. Foretaket produserer ikke asfalt. Hovedaksjonærene i selskapet er Leif Bertil Henriksson med 35 prosent, Ove Gunnar Andreassen med 25 prosent, Ken Slettnyr med 25 prosent og Frits Ernst Løvli med 15 prosent. Foretaket hadde i 2011 en omsetning på 15 946 000 kroner.

3. Sakens bakgrunn

Lemminkäinen ervervet 17. desember 2010 samtlige aksjer i Mesta. Mesta er entreprenør innen bygging, drift og vedlikehold av veier, herunder produksjon og legging av asfalt.

Konkurransetilsynet grep ved vedtak av 16. mai 2011 (V2011-8) inn mot foretakssammenslutningen mellom Lemminkäinen og Mesta. Tilsynet satte som vilkår for å tillate transaksjonen at Lemminkäinen solgte sitt asfaltverk i Harstad. Inngrepsvedtaket ble ikke påklaget av partene. Departementet legger til grunn vedtakets faktumbeskrivelse og konkurranseanalyse som uomtvistet i saken. I det følgende beskrives foretakssammenslutningen og Konkurransetilsynets vurdering av denne nærmere.

Konkurransetilsynet avgrenset det relevante produktmarkedet i saken til å være produksjon og legging av asfalt,² og det relevante geografiske markedet til å være fra nord i Nordland til Vest-Finnmark.³

Før foretakssammenslutningen var de største aktørene i det relevante markedet Veidekke Industri AS (Veidekke) med [40-50] prosent, Mesta med [10-20] prosent, Lemminkäinen med [10-20] prosent og Nordasfalt AS (Nordasfalt)⁴ med [20-30] prosent markedsandel. Nordasfalt er et fellesforetak (joint venture) eiet med 50 prosent av Lemminkäinen og med 50 prosent av Økonomistyring AS (Økonomistyring). I tillegg til Lemminkäinen, Mesta og Nordasfalt, var det to ytterligere aktører i det relevante markedet som til sammen hadde om lag [0-5] prosent markedsandel.⁵

Videre fant Konkurransetilsynet at markedsstrukturen i det relevante markedet før foretakssammenslutningen la til rette for koordinerte virkninger.⁶ Koordinerte virkninger innebærer at aktørene har en stilltende felles forståelse om parallell

² V-2011-8 avsnitt 50.

³ V-2011-8 avsnitt 82.

⁴ Nordasfalt hadde i 2011 en omsetning på 284 794 000 kroner.

⁵ V-2011-8 avsnitt 95. Tallene bygger på gjennomsnittet i 2009 og 2010.

⁶ V-2011-8 avsnitt 90-123.

markedstilspasning som gir aktørene kollektiv markedsrett, uten at det inngås en avtale om å begrense konkurransen i strid med konkurranseloven § 10.

Konkurransetilsynet fant at det etter foretakssammenslutningen var to store aktører, det fusjonerte Lemminkäinen og Mesta på den ene side og Veidekke på den annen. De store aktørene hadde markedsandeler på henholdsvis [40-50] og [40-50]prosent. I Lemminkäinen/Mesta sin markedsandel inkluderes også 50 prosent av markedsandelen til Nordasfalt, fordi Lemminkäinen har 50 prosent eierandel og har felles kontroll over Nordasfalt sammen med selskapet Økonomistyring.

Konkurransetilsynet fant at foretakssammenslutningen førte til en vesentlig begrensning av konkurransen. Dette fordi grunnlaget for koordinerte virkninger i markedet øker som følge av at markedskonsentrasjonen øker og antall aktører reduseres. Videre var de to store gjenværende aktørene Lemminkäinen/Mesta og Veidekke i stor grad symmetriske ved at de er relativt like i størrelse, antall asfaltverk og beliggenhet. Det forligger heller ikke potensielle konkurrenter eller kjøperrett som kan destabilisere en koordinering.

I Konkurransetilsynets inngrepsvedtak ble foretakssammenslutningen tillatt på det vilkår at Lemminkäinen selger selskapets asfaltverk i Harstad. Det fremgår videre av vedtaket at kjøper av asfaltverket skal godkjennes av Konkurransetilsynet. De relevante delene av inngrepsvedtakets slutning lyder slik:

Foretakssammenslutningen mellom Lemminkäinen Norge AS og Mesta Industri AS tillates på følgende vilkår:

1. Lemminkäinen Norge AS pålegges å selge selskapets asfaltverk i Harstad. [...]

4. Kjøper må være uavhengig av Lemminkäinen Norge AS og selskaper i samme konsern. Dette innebærer at Lemminkäinen Norge AS, selskaper i samme konsern, og selskaper som Lemminkäinen Norge AS har eierandeler i eller blir eid av, direkte eller indirekte ikke kan ha eierinteresser i kjøper. Kjøper kan heller ikke være noen som står Lemminkäinen Norge AS eller sentrale personer hos selskapet, nær. Det samme gjelder for selskaper og ansatte i samme konsern som Lemminkäinen Norge AS.

5. Kjøper skal godkjennes av Konkurransetilsynet. Konkurransetilsynet kan oppnevne en forvalter til å påse at salget skjer i samsvar med dette vedtaket. Forvalter kan eventuelt forestå salg av Lemminkäinenens asfaltverk i Harstad, jf. konkurranseloven § 16 femte ledd.

Lemminkäinen informerte Konkurransetilsynet ved brev av 13. desember 2011 om at det var oppnådd enighet med SRR om overdragelse av asfaltverket i Harstad som Lemminkäinen var pålagt å selge.

Klagen gjelder Konkurransetilsynets vedtak av 29. juni 2012 (V2012-16) hvor SRR ikke ble godkjent som kjøper av asfaltverket. I vedtaket hvor SRR ble nektet godkjent som kjøper, viste Konkurransetilsynet til "*en rekke tilknytningspunkter og kontaktflater mellom Nordasfalt, Økonomistyring og SRR, både gjennom krysseierskap og kryss-representasjon i selskapenes styrever og daglig ledelse*".⁷

Tre av hovedaksjonærene i SRR, Ove Gunnar Andreassen, Ken Slettmyr og Frits Ernst Løvli, er også hovedaksjonærer i Økonomistyring,⁸ hvor de har eierandeler på henholdsvis 27, 25 og 22 prosent.⁹ Økonomistyring eier på sin side 50 prosent av Nordasfalt og har felles kontroll over selskapet sammen med Lemminkäinen som eier den andre halvdel.¹⁰

De tre nevnte hovedaksjonærene har også sentrale verv og stillinger i Nordasfalt, Økonomistyring og SRR. Ove Gunnar Andreassen er styremedlem i Økonomistyring og Nordasfalt og styreleder i SRR. I tillegg er han daglig leder i Nordasfalt og Økonomistyring. Ken Slettmyr er styremedlem i Økonomistyring og SRR, og er i tillegg driftssjef i Økonomistyring og Nordasfalt. Frits Ernst Løvli er styremedlem i Nordasfalt og SRR og styreleder i Økonomistyring.¹¹

4. Klagers anførsler i hovedtrekk

Klager anfører at det ikke er anledning til å stille krav til kjøper utover det som fremgår av vilkårene i vedtaket V2011-8. Det vises særlig til kravet til uavhengighet i slutningens punkt 4. Det er klart definert i dette vilkåret hva som skal til for at en kjøper skal anses som "uavhengig" av Lemminkäinen. I Konkurransetilsynets begrunnelse for å nekte å godkjenne SRR som kjøper operer tilsynet med et uavhengighetskrav som går utover det som er definert i vilkår 4. Dette innebærer en omgjøring av tilsynets vedtak i fusjonssaken, jf. forvaltningsloven § 35, noe det åpenbart ikke er anledning til.

Videre bemerker klager at tilsynet i et senere fusjonsvedtak (V2012-11) har regulert vilkåret om at kjøper skal være uavhengig på en annen måte, og brukt den mer åpne formuleringen "*i en konkret vurdering vil det blant annet bli vektlagt [...]*". Dette gjør at tilsynet kan foreta en konkret vurdering som går utover det som er positivt angitte kriterier for uavhengighet. Det fastsettes også i vilkårene i dette vedtaket at salget ikke må føre til nye konkurranseproblemer.

Klager anfører at Konkurransetilsynet har ansvaret for å utforme et vedtak som ivaretar de hensynene tilsynet ønsker å vektlegge ved vurderingen av kjøper. Det betyr ikke at

⁷ V2012-16 avsnitt 64.

⁸ Økonomistyring hadde i 2011 en omsetning på 2 938 000 kroner. Økonomistyring driver etter foretakets vedtekter blant annet med leie og salg av eiendom. Foretaket er også eiere av andre selskap, herunder det nevnte eierskap i Nordasfalt.

⁹ De tre øvrige eierne i Økonomistyring er Trond Løvli med 5 prosent, Karianne Løvli med 5 prosent og Terje Bjørkås med 16 prosent.

¹⁰ Se figur 1 på side 11 nedenfor.

¹¹ Se figur 2 på side 11 nedenfor.

dette må reguleres i minste detalj, men det må fremgå av vilkårene at Konkurransetilsynet har adgang til å vektlegge forhold utover det som er angitt som presise krav.

Videre hevder klager at Konkurransetilsynet innfortolker et krav til uavhengighet som er i strid med en klar ordlyd i vedtaksteksten. Lemminkäinen er uavhengig av SRR. I vedtakets vilkår 4 brukes begrepene "konsern" og "nærstående". Lemminkäinen-konsernet har ingen eierandeler i SRR. Det er ingen forhold som innebærer at noen i SRR står selskaper eller ansatte i Lemminkäinen-konsernet nær. Nordasfalt inngår ikke i Lemminkäinen-konsernet. Det er etter vedtaket ikke relevant hvilke forbindelser som foreligger mellom Nordasfalt eller dette selskapets ansatte og SRR. Lemminkäinen har kun felles kontroll over Nordasfalt og ingen innflytelse over SRR.

Klager anfører at det uansett ikke er problematisk konkurransemessig å godkjenne SRR som kjøper av Lemminkäinenens asfaltverk i Harstad. Det er ikke grunnlag for å hevde at å godkjenne SRR som kjøper gjør det avhjelpende tiltaket mindre effektivt. SRR produserer i dag ikke asfalt. Et salg til SRR vil således gi en ny aktør i markedet for produksjon av asfalt.

Klager mener at det ikke er grunnlag for å hevde at konkurransen mellom Lemminkäinen og SRR blir begrenset som følge av tilknytningspunkter mellom Nordasfalt og SRR. SRR vil opptre som en uavhengig konkurrent til Lemminkäinen. Foretaket vil verken ha formelle eller uformelle bindinger eller insentiver til å unnlate å konkurrere effektivt med Lemminkäinen.

Videre peker klager på at partene vil forholde seg lojalt til forbudet mot konkurransebegrensende samarbeide i konkurranse-loven § 10, og vil blant annet utarbeide detaljerte retningslinjer for styremøter i Nordasfalt.

5. Konkurransetilsynets begrunnelse og anførsler i hovedtrekk

Konkurransetilsynet anfører at tilsynets kompetanse ikke begrenses av slutningen i fusjonsvedtaket slik klager hevder. Kravet om at Konkurransetilsynet skal godkjenne kjøper er et eget vilkår i punkt 5 i slutningen, mens kravet til uavhengighet er satt i punkt 4. I punkt 5 om godkjennelse er det ikke vist til punkt 4, eller satt skranker for tilsynets kompetanse til å godkjenne kjøper.

Slutningen i vedtaket kan uansett ikke leses isolert fra resten av vedtaket. Den må tolkes på bakgrunn av premissene, herunder bakgrunnen og formålene med tiltakene.

Konkurransetilsynet peker på at tilsynets kompetanse til å godkjenne kjøper er utdypet blant annet i avsnitt 155 i vedtaket. Der fremgår det at en godkjennelse av en kjøper skal bero på en konkret vurdering av om kjøper er egnet.

Konkurransetilsynet anfører at kjøper ikke kan ha en tilknytning til selger som gjør det avhjelpende tiltaket mindre effektivt.

Etter Konkurransetilsynets syn beror tilsynets forståelse av vedtaket på en alminnelig tolkning som ikke innebærer en omgjøring av vedtaket slik det hevdes av klager.

Konkurransetilsynet mener at det eksisterer en rekke tilknytningspunkter og kontaktflater mellom SRR og Lemminkäinen gjennom Nordasfalt og Økonomistyring, som gjør at SRR ikke er en egnet kjøper av asfaltverket.

Konkurransetilsynet viser til at Nordasfalt er eid i felleskap av Lemminkäinen og Økonomistyring med en halvpart på hver. Tre privatpersoner er største eiere i Økonomistyring, Ove Gunnar Andreassen, Frits Erns Løvli og Ken Slettmyr. Disse er også deleiere i SRR hvor de til sammen har en eierandel på 65 prosent. Videre sitter enkelte av disse eierne i styrene til både SRR, Økonomistyring og Nordasfalt, eller har en ledende stilling i Nordasfalt samtidig som vedkommende sitter i styret til SRR. I tillegg er Ken Slettmyrs Sønn, Remi Slettmyr, ansatt i både Nordasfalt og SRR.

Konkurransetilsynet mener at det dermed eksisterer en rekke tilknytningspunkter og kontaktflater mellom Nordasfalt, Økonomistyring og SRR, både gjennom krysseierskap og kryssrepresentasjon i selskapenes styre og daglig ledelse. Opplysninger mottatt som ledd i krysseierskap og deltakelse i joint ventures er forhold som kan legge til rette for koordinering i det relevante markedet.

Videre anser Konkurransetilsynet at krysseierskapet vil gjøre det rasjonelt for eierne å maksimere den samlede lønnsomheten i Nordasfalt og SRR. Dette vil medføre at selskapene ikke kan forventes å konkurrere like aggressivt med hverandre som aktører uten slike tilknytningspunkter og kontaktflater ville ha gjort.

Konkurransetilsynet mener at verken forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i konkurranseloven § 10, eller at det vil utarbeides detaljerte retningslinjer for styrearbeidet i Nordasfalt, innebærer at SRR likevel må anses som en egnet kjøper.

6. Departementets vurdering

6.1 Innledning

Klager har to hovedanførsler. For det første anføres det at å nekte å godkjenne SRR som kjøper av Lemminkäinenens asfaltverk i Harstad ligger utenfor det Konkurransetilsynet har anledning til etter vilkårene i vedtak V2011-8 (fusjonsvedtaket). Nektelsen innebærer derfor i realiteten en omgjøring av tilsynets fusjonsvedtak. For det andre anføres det at å godkjenne SRR som kjøper uansett ikke vil skape konkurranseproblem. Disse to spørsmålene behandles nedenfor i punkt 6.2 og 6.3.

6.2 Tolking av vilkårene i fusjonsvedtaket (V2011-8)

Departementet behandler først spørsmålet om å nekte å godkjenne SRR som kjøper ligger utenfor det tilsynet har anledning til etter fusjonsvedtaket.

Om nektelsen ligger utenfor det tilsynet har adgang til, vil i utgangspunktet bero på en tolking av ordlyden i vilkårene i fusjonsvedtakets slutning. De relevante delene av inngrepsvedtakets slutning er gjengitt foran under punkt 3 "Sakens bakgrunn".

Samtidig vil det være relevant for tolkingen at vilkårene er fastsatt i et vedtak fattet med hjemmel i Konkurranseloven § 16. Det følger av § 16 tredje ledd bokstav c at tilsynet i et inngrepsvedtak kan sette vilkår som er nødvendige for å motvirke begrensning av konkurransen.¹²

Slik departementet ser det, er også vedtakets premisser relevant ved tolkingen av vilkårene i vedtaket. Vilrårene, som er satt for å motvirke begrensning av konkurransen, vil etter departementets syn måtte tolkes i lys av at tilsynet fant at konkurransen vil bli vesentlig begrenset som følge av foretakssammenslutningen. Det skyldes at sannsynligheten for *koordinert atferd* i det relevante markedet økes.¹³

I tillegg vil partenes behov for forutberegnelighet være et tungtveiende hensyn ved tolkingen av vilkårene i vedtaket.

Punkt 4 i vedtakets slutning setter krav til at kjøper må være uavhengig av Lemminkäinen. Første punktum fastsetter generelt at kjøper skal være uavhengig av Lemminkäinen og selskaper i samme konsern, mens annet til fjerde punktum omhandler konkrete forhold som innebærer at en kjøper mangler uavhengighet.

Lest isolert omfattes ikke det grunnlag Konkurransetilsynet har påberopt for å nekte å godkjenne SRR som kjøper av de tilfeller som er beskrevet i annet til fjerde punktum i punkt 4 i slutningen. Ordlyden i annet til fjerde punktum omhandler ikke kontaktflater mellom eiere i SRR og Lemminkäinen gjennom fellesforetaket Nordasfalt, som er eid med en halvpart hver av Lemminkäinen og Økonomistyring som igjen har samme eiere som SRR.¹⁴

Det heter imidlertid i første punktum i punkt 4 at "Kjøper må være uavhengig av Lemminkäinen Norge AS og selskaper i samme konsern". Ordlyden i denne første setningen er, slik departementet ser det, lest isolert ikke uforenlig med at kontaktflater mellom Lemminkäinen og eiere av SRR og Økonomistyring, gjennom fellesforetaket Nordasfalt, innebærer at SRR ikke er en tilstrekkelig "uavhengig" kjøper. Spørsmålet blir om de tre etterfølgende setningene i punkt 4, som innledes med "Dette innebærer at", uttømmende angir hvilke forhold og relasjoner som innebærer at en kjøper ikke er tilstrekkelig uavhengig av Lemminkäinen. Annet til fjerde punktum kan i så fall tolkes antitetisk, slik at andre former for tilknytning mellom Lemminkäinen og kjøper er uten relevans og ikke kan begrunne at en foreslått kjøper avslås.

¹² Se Ot.prp. nr 6 (2003-2004) side 83 flg., hvor det blant annet heter "For det tredje kan Konkurransetilsynet sette slike vilkår som er nødvendige for å motvirke at ervervet begrenser konkurransen i strid med formålet".

¹³ V2011-8 avsnitt 134.

¹⁴ Se figur 1.

Alternativt kan punkt 4 annet til fjerde punktum forstås som en beskrivelse av forhold som vil diskvalifisere en kjøper, men uten at denne beskrivelsen er uttømmende. Altså slik at andre konkurransemessige relevante bindinger kan begrunne at en kjøper ikke er "uavhengig" av Lemminkäinen.

På tilsvarende måte kan punkt 5 i slutningen, som krever at Konkurransetilsynet godkjenner kjøper, tolkes slik at kun forhold spesifikt beskrevet i slutningens punkt 1 til 4 kan begrunne å nekte en kjøper. Alternativt kan punkt 5 forstås slik at også andre konkurransemessige problem som ikke er positivt angitt i slutningen vil kunne være relevant for om en kjøper skal godkjennes. Faren for at det oppstår koordinerte virkninger som følge av tilknytningspunktene i fellesforetaket Nordasfalt, samt insentivvirkningene av at eiere i SRR gjennom Økonomistyring også har eierandeler i Nordasfalt, kan anses som konkurranseproblem som følger av å godkjenne SRR som kjøper.

Selv om første punktum i vilkår 4 i slutningen tolkes innskrenkende, slik at de etterfølgende punktum uttømmende beskriver forhold som medfører at en kjøper ikke er *uavhengig*, utelukker det ikke at punkt 5 kan forstås å omfatte en adgang til også å nekte å godkjenne når det foreligger andre forhold som gjør at en kjøper ikke er *egnet*. Nye konkurranseproblem salget skaper, kan være forhold som gjør at en kjøper ikke er egnet.

Etter departementets syn fremstår det som usikkert om det på bakgrunn av en tolking av vilkårene i fusjonsvedtakets slutning isolert sett, er grunnlag for å avslå SRR som kjøper med den begrunnelse Konkurransetilsynet har gitt.

Selv om utgangspunktet for tolkningen er ordlyden i slutningen, vil som nevnt innledningsvis premissene i vedtaket og lovgrunnlaget for vedtaket, være relevante tolkingmomenter ved fastsettelsen av det nærmere innholdet i slutningen.

I denne sammenheng pekes det på at det følger av avsnitt 151 og 152 i fusjonsvedtaket at partene har foreslått som avhjelpende tiltak at "*partene selger ut Lemminkäinenens asfaltverk i Harstad til en egnet uavhengig kjøper*".

I avsnitt 153 fremgår det at det foreslåtte avhjelpende tiltaket etter tilsynets vurdering "*vil medføre at konkurransesituasjonen i markedet forblir tilnærmet lik det den var før foretakssammenslutningen*" og at salget vil "*være et egnet tiltak for å avhjelpe de identifiserte konkurransebegrensende virkningene av foretakssammenslutningen*". Som omhandlet innledningsvis, fant Konkurransetilsynet i fusjonsvedtaket at foretakssammenslutningen ville føre til en vesentlig begrensning av konkurransen ved at sannsynligheten for koordinert atferd i markedet øker.

Vedtaket fastsetter som nevnt i slutningens punkt 5 at kjøper skal godkjennes av Konkurransetilsynet. Det følger av avsnitt 155 i vedtaket at salget må skje til en "egnet kjøper" og at "[h]va som er en egnet kjøper beror på en konkret vurdering".

Videre heter det at "[s]alg av virksomheten til den foreslåtte kjøperen må dessuten ikke føre til nye konkurranseproblemer. Partene har ikke fremsatt et endelig forslag til en egnet kjøper. Det vil derfor bli stilt som vilkår for en godkjenning av foretakssammenslutningen at Konkurransetilsynet godkjenner kjøper".

I avsnitt 155 heter det også at tilsynet normalt vil stille krav til at kjøper har "insentiver og mulighet til å opprettholde og videreutvikle virksomheten videre til en levedyktig og aktiv konkurrent til partene og andre konkurrenter i markedet".

Slik departementet vurderer det fremgår det av premissene og vilkårene i vedtakets slutning lest i sammenheng, at det avhjelpende tiltaket som ble satt som et vilkår for å tillate foretakssammenslutningen, var at Lemminkäinenens asfaltverk skulle selges til en egnet uavhengig kjøper og at salget ville avhjelpe det identifiserte konkurranseproblemet foretakssammenslutningen skapte.

Konkurransetilsynet har nektet å godta SRR som kjøper på to ulike grunnlag. For det første fordi det finnes en rekke kontaktflater og tilknytningspunkter mellom SRR og Lemminkäinen gjennom Økonomistyring og Nordasfalt. For det andre fordi det oppstår insentivvirkninger som følge av at eierne av SRR også er deleier i fellesforetaket Nordasfalt som er aktiv i det relevante markedet.

Etter departementets vurdering avskjærer ikke slutningen i vedtaket at Konkurransetilsynet avslår å godkjenne en kjøper på grunnlag av at salget ikke avhjelper faren for at det vil oppstå koordinerte virkninger i markedet, ved at det er kontaktflater mellom Lemminkäinen og eiere av SRR gjennom et fellesforetak som har virksomhet i det relevante markedet. Ei heller at tilsynet avslår på grunnlag av at det oppstår andre konkurranseproblemer, ved at eierne av SRR gjennom Økonomistyring også har eierandeler i Nordasfalt og derfor ikke kan forventes å konkurrere like intensivt med Nordasfalt som andre potensielle kjøpere vil gjøre.

Selv om løsningen fremstår som noe usikker basert på en tolkning av ordlyden i vilkår 1 til 5 i vedtaket, er ordlyden i vedtakets vilkår, slik departementet ser det, ikke i konflikt med å nekte å godkjenne salget til SRR fordi salget medfører nye konkurranseproblemer eller fordi andre forhold enn det som spesifikt er beskrevet i slutningen gjør at salget ikke avbøter konkurransebegrensningen. Videre mener departementet at en tolking av vilkårene i lys av lovgrunnlaget for vedtaket og vedtakets premisser, innebærer at de nevnte grunnlagene for å nekte å godkjenne kjøper, ikke er i strid med vilkårene i vedtaket. Konkurransetilsynets nektelse av å godkjenne SRR som kjøper er derfor ikke en omgjøring av fusjonsvedtaket.

Det er i fusjonsvedtaket satt som et vilkår for å ikke gripe inn mot foretakssammenslutningen at Konkurransetilsynet skal godkjenne kjøper av asfaltverket Lemminkäinen er pålagt å selge. Slik departementet har vurdert det, kan ikke ordlyden i slutningen i vedtaket, vilkårene i punkt 1 til 4, anses å uttømmende beskrive alle spesifikke forhold og situasjoner som kan begrunne at en foreslått kjøper ikke godkjennes. Dersom det legges til grunn at alle forhold som kan begrunne at en kjøper avslås er spesifikt beskrevet i slutningen, vil det eksempelvis ikke være grunnlag for å avslå et salg av asfaltverket i Harstad til Veidekke, som er den andre store aktøren i det relevante markedet. Dette resultatet fremstår derimot som tvilsomt hvis vilkårene i slutningen tolkes i lys av lovgrunnlaget og vedtakets premisser.

6.3 Konkurransemessige virkninger av å godkjenne SRR som kjøper

Departementet går så over til å vurdere om salget av Lemminkäinens asfaltverk i Harstad til SRR er egnet til å avhjelpe de konkurransebegrensende virkningene av foretakssammenslutningen mellom Lemminkäinen og Mesta. Dersom salget avbøter konkurransebegrensningen foretakssammenslutningen medfører, og ikke skaper andre konkurranseproblemer, må salget godkjennes.

Konkurransetilsynet fant i vedtak V2011-8 at foretakssammenslutningen mellom Lemminkäinen og Mesta ville *"føre til en vesentlig begrensning av konkurransen i markedet for asfalt i Nord-Norge gjennom å øke sannsynligheten for koordinert atferd i markedet"*.¹⁵

Lemminkäinen foreslo som et avhjelpende tiltak at foretaket skulle selge sitt asfaltverk i Harstad til en egnet uavhengig kjøper.¹⁶ Etter tilsynets vurdering ville et salg av asfaltverket i Harstad som foreslått av partene *"hindre en reduksjon av antall aktører i markedet og vil medføre at konkurransesituasjonen i markedet forblir tilnærmet lik det den var før foretakssammenslutningen"*.¹⁷

De konkurransebegrensende virkningene av foretakssammenslutningen som ble identifisert i vedtaket, og som ikke er bestridt av klager, er at sammenslutningen ville øke sannsynligheten for koordinert atferd i markedet. Problemstillingen er så om tilknytningspunkter og kontaktflater mellom Lemminkäinen og eiere i SRR gjennom fellesforetaket Nordasfalt øker faren for koordinert atferd i markedet, slik at et salg av Lemminkäinens asfaltverk i Harstad til SRR ikke avhjelper faren for koordinert atferd.

Tre av eierne i SRR, Ove Gunnar Andreassen, Ken Oddvar Slettmyr og Frits Ernst Løvli, er også eiere av Økonomistyring som igjen eier en halvpart av Nordasfalt, hvor Lemminkäinen eier den andre halvparten.¹⁸

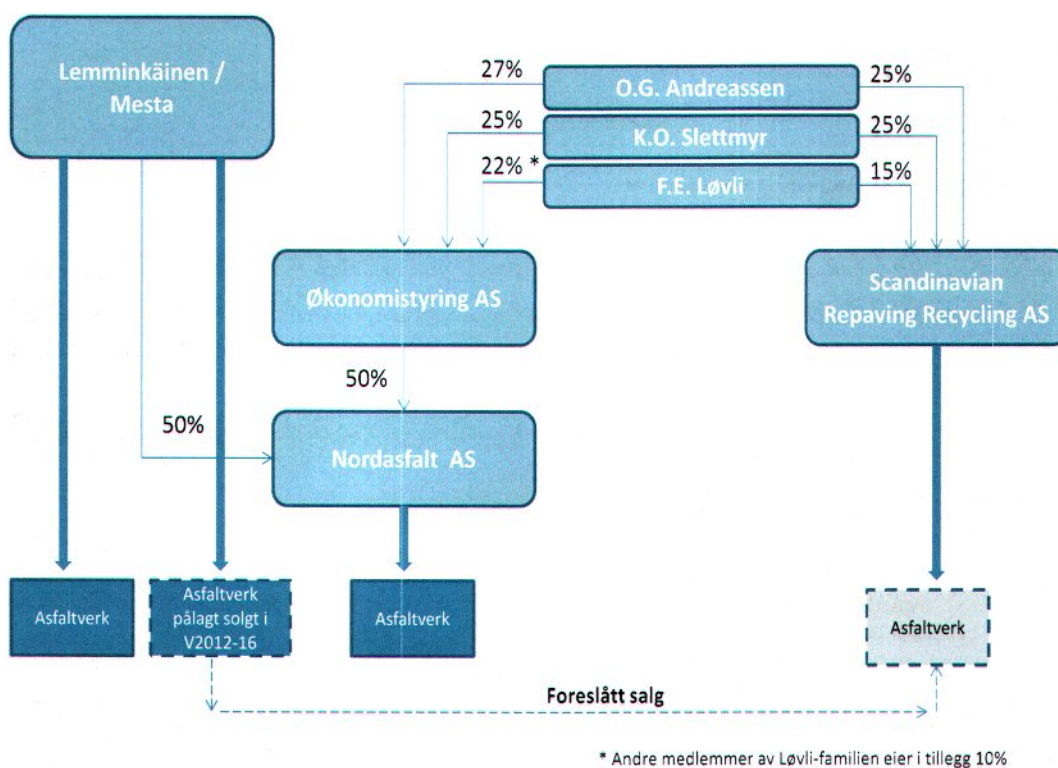
¹⁵ V2011-8 avsnitt 134

¹⁶ V2011-8 avsnitt 152.

¹⁷ V2011-8 avsnitt 153.

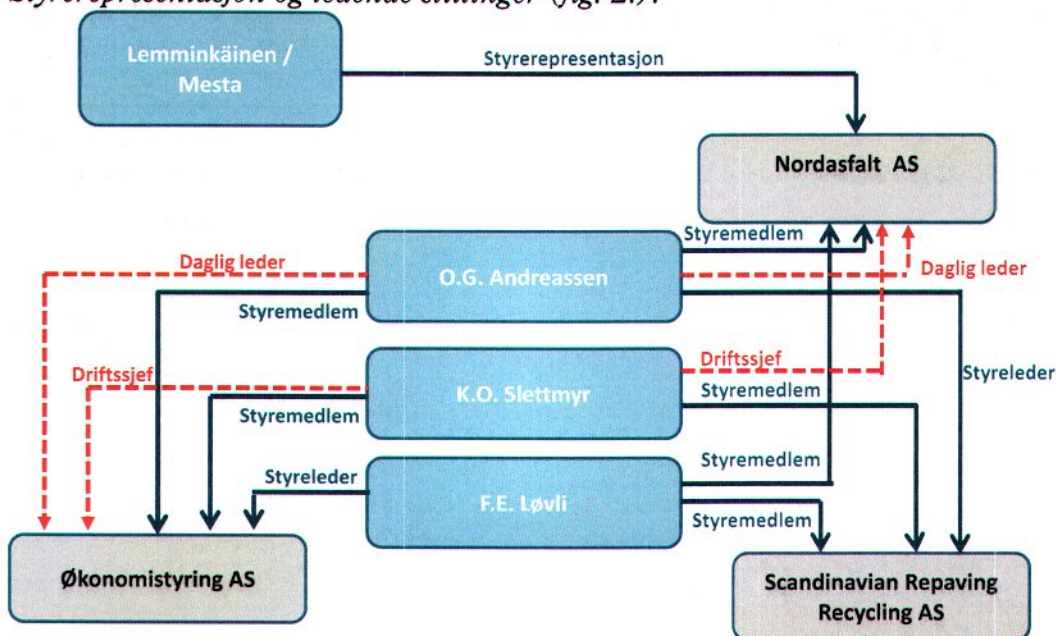
¹⁸ Se punkt 3 ovenfor.

Eierstruktur (fig. 1.):



I tillegg til at disse tre eierne har eierandeler både i Nordasfalt gjennom Økonomistyring og i SRR, er eierne også representanter i styrene til begge selskaper.¹⁹ Videre er to av eierne i SRR ansatt i ledende stillinger i Nordasfalt.²⁰

Styrerepresentasjon og ledende stillinger (fig. 2.):



¹⁹ Se punkt 3 ovenfor.

²⁰ I tillegg er Remi Slettmyr, sønn av K.O. Slettmyr, daglig leder i SRR og er samtidig ansatt i Nordasfalt.

Videre viser departementet til at tilsynet i fusjonsvedtaket fant at markedet ble svært konsentrert som følge av foretakssammenslutningen, samt at markedet hadde karakteristika som økte faren for koordinerte virkninger.²¹ Inngrepet mot foretakssammenslutningen var som nevnt ovenfor begrunnet i sannsynligheten for koordinerte virkninger i markedet.

Et fellesforetak kan lede til samordning av atferden til eierne av fellesforetaket. Dette omtales som atferdsmessige virkninger eller "spillover" effekter av fellesforetak.²² Det vil være relevant for vurderingen om eierselskapene/eierne er aktive i det samme eller tilknyttede markeder til markedet hvor fellesforetaket operer. Dette vil være tilfellet dersom SRR kjøper Lemminkäinenens asfaltverk i Harstad. Da vil både Lemminkäinen og eierne av SRR være aktive i det relevante markedet, i tillegg til at det aktuelle fellesforetaket Nordasfalt også har sin virksomhet i dette markedet. Videre peker departementet på den betydelige markedsposisjon fellesforetaket og eierne av fellesforetaket samlet sett har i det relevante markedet. Nordasfalt, Lemminkäinen og SRR vil, dersom sistnevnte godkjennes som kjøper, samlet ha en markedsandel på om lag [50-60] prosent.²³

Det forhold at både Lemminkäinen og eierne i SRR er aktive eiere i Nordasfalt, ved at de er representert i styret, øker faren for atferdsmessige virkninger. Dette i motsetning til om eierne av SRR og Lemminkäinen hadde hatt passive eierskap i Nordasfalt. På samme måte vil det forhold at to av eierne i SRR samtidig er ansatt som henholdsvis daglig leder og driftssjef i Nordasfalt, øke faren for at det skjer en samordning av atferden mellom SRR og Lemminkäinen.

Selv om konkurranseloven § 10 forbyr utveksling av konkurransesensitiv informasjon, og partene lager retningslinjer for å overholde dette forbudet, vil det slik departementet ser det, ikke være et fullgodt alternativ til et salg av asfaltverket i Harstad til en kjøper som medfører en annen struktur i markedet hvor faren for koordinert atferd blir mindre.

I tillegg kommer det at eierandelene Andreassen, Slettmyr og Løvli har i henholdsvis Økonomistyring og Nordasfalt på den ene siden og SRR på den annen, vil gjøre det rasjonelt å innrette virksomheten i Nordasfalt og SRR slik at den samlede lønnsomheten i foretakene maksimeres. Dersom SRR starter asfaltvirksomhet som følge av kjøp av Lemminkäinenens verk i Harstad, vil disse eierne derfor ha begrensede insentiver til å la SRR konkurrere intensivt med Nordasfalt. Dette tilsier også at det foreslåtte salget av Lemminkäinenens verk til SRR medfører nye konkurranseproblemer og derfor

²¹ Se V2011-8 avsnitt 90 til 134.

²² Sml. fusjonsforordningen art 2. nr 4 og 5.

²³ Jf. V2011-8 avsnitt 95, hvor det fremgår at Lemminkäinen og Mesta hadde en markedsandel i 2009-2010 på henholdsvis [10-20] og [10-20] prosent og at Nordasfalt hadde en markedsandel på om lag [20-30] prosent.

ikke er egnet til å avbøte konkurransebegrensingen foretakssammenslutningen mellom Lemminkäinen og Mesta medfører.

Samlet sett anser departementet at en overdragelse av Lemminkäinenens asfaltverk i Harstad til SRR, ikke fremstår som egnet til å avhjelpe konkurransebegrensingen foretakssammenslutningen mellom Lemminkäinen og Mesta skaper.

7. Forholdsmessighetsvurdering

Slik departementet ser det, er en nektelse av å godkjenne SRR som kjøper forholdsmessig, sett opp mot faren for koordinerte virkninger og konkurranseproblemet i form av manglende insentiver til å la SRR og Nordasfalt konkurrere intensivt.

8. Oppsummering

Å nekte å godkjenne SRR som kjøper av Lemminkäinenens asfaltverk i Harstad er ikke i strid med vilkårene som ble satt i fusjonsvedtaket. Å godkjenne SRR som kjøper vil ikke være egnet til å avbøte faren for koordinerte virkninger i markedet for asfalt i Nord-Norge. Det vil skape fare for nye konkurranseproblem. Å nekte å godkjenne salget er etter departementets syn ikke et uforholdsmessig inngrep, sammenholdt med de konkurransemessige negative virkningene salget ville medført. På denne bakgrunn godkjennes ikke det foreslåtte salget av Lemminkäinenens asfaltverk i Harstad til SRR.

9. Vedtak

Klagen på Konkurransetilsynets vedtak V2012-16 av 29. juni 2012 tas ikke til følge.

Med hilsen

Nils Ola Widme (e.f.)
avdelingsdirektør

Gaute T. Bergstrøm
seniorrådgiver