

Stockholms tingsrätt
Avd 4
Box 8307
104 20 Stockholm

Mål nr T 31529-04; Konkurrensverket ./ Aktiebolaget Nynäs Petroleum och Total Deutschland GmbH

Med anledning av tingsrättens föreläggande inkommer Konkurrensverket härmed med följande yttranden över motparternas svaromål. Yttrandet följer huvudsakligen dispositionen i stämningsansökan.

I syfte att renodla och förtydliga talan gör Konkurrensverket inledningsvis följande justeringar.

Justering av talan

Grunden för talan

Konkurrensverket frånfaller påståendet om att Aktiebolaget Nynäs Petroleum (Nynäs Petroleum) missbrukat sin dominerande ställning genom att olika villkor tillämpats för likvärdiga transaktioner, varigenom vissa handelspartner fått en konkurrensnackdel (CIF/depåvolym) samt att marknaden har begränsats till nackdel för konsumenterna (avtalet mellan Nynäs Petroleum och Total Deutschland GmbH (Total Deutschland)).

Konkurrensverket gör således enbart gällande att det aktuella förfarandet utgör en överträdelse av 6 § konkurrenslagen (1993:20) (KL) respektive art 81 i EG-fördraget. I denna del frånfaller Konkurrensverket påståendet om att företagen deltagit i anbudsriggning.

Konkurrensbegränsande samarbete

Konkurrensverket får bl.a. med hänvisning till det ovanstående justera grunden för talan så att lydelsen blir enligt följande.

Företagen Nynäs Petroleum och Total Deutschland har överträtt förbudet i 6 § KL genom att ingå avtal eller samordnat förfarande som har haft till syfte att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt.

Omständigheterna i målet är sådana att avtalet eller det samordnade förfarandet kan påverka handeln mellan medlemsstaterna inom den Europeiska unionen, varför företagen även överträtt artikel 81 i EG-fördraget.

Överträdelsen har skett uppsåtligt eller av oaktsamhet. Överträdelsen är mycket allvarlig. Den har pågått under perioden april 1999-maj 2004. Såvitt gäller Nynäs Petroleum föreligger försvårande omständigheter.

Avtalet eller det samordnade förfarandet har inneburit att:

- I. Försäljningspriser och andra affärsvillkor direkt eller indirekt har fastställts.
- II. Marknader har delats upp.

Utveckling av grunden

Orden "...[eller resultat]..." har utgått. Anledningen till denna justering är att det påstådda förfarandet är en s.k. syftesöverträdelse, varför någon utredning om att denna haft ett konkurrensbegränsande resultat inte är nödvändigt. Vidare anges i grunden att överträdelsen är att anse som mycket allvarlig.

Yrkade belopp och beräkning av konkurrensskadeavgiften

Konkurrensverket avser att justera de yrkade beloppen bl.a. med hänvisning till att Konkurrensverket frångår påståendet om att Nynäs Petroleum missbrukat sin dominerande ställning på marknaden.

De omständigheter som har betydelse för konkurrensskadeavgiftens storlek anges i 28 § KL. Omständigheterna är desamma som anges i rådets förordning 1/2003.¹ Konkurrensverket och kommissionen skall således vid bestämmande av konkurrensskadeavgiften respektive bötesbeloppet ta hänsyn till överträdelsens allvar och varaktighet.

Eftersom Konkurrensverkets nuvarande policy för beräkning av konkurrensskadeavgift hämtat vägledning från kommissionens bötesriktlinjer önskar Konkurrensverket avvakta den nu pågående översynen av dessa riktlinjer.

¹ Artikel 23 i rådets förordning 1/2003.

I förevarande fall är samhandelskriteriet uppfyllt varför det enligt Konkurrensverket i än högre grad är möjligt att hämta vägledning från kommissionens bötesriktlinje vid beräkning av konkurrensskadeavgiften.

I detta skede görs därför inte några förtydliganden vad gäller hur Konkurrensverket anser att konkurrensskadeavgiften skall beräknas för respektive bolag. Den främsta anledning till detta är att undvika en ytterligare justering av yrkade belopp. Konkurrensverket avser att återkomma i frågan i god tid före den muntliga förberedelsen.

Branschbeskrivning

Konkurrensverket önskar göra följande förtydliganden vad gäller branschens struktur.

Bitumenbranschens struktur

Utbud

Bitumen framställs i raffinaderier genom destillation av råolja. Ungefär 2/3 av världens uppskattade oljereserver finns i Mellanöstern. I övrigt finns större fyndigheter i Venezuela, Mexico och Ryssland. Vissa råoljor är beroende på sin sammansättning mer lämpade för bitumenframställning än andra.

I de nordiska länderna utvinns ingen råolja för raffinering till bitumenprodukter. Den råolja som utvinns ur Nordsjön har inte en sammansättning som lämpar sig för raffinering till bitumenprodukter. Huvuddelen av den råolja som importeras till Norden för bitumenframställning kommer från Mellanöstern, Ryssland och Venezuela.

I norra Europa finns bitumenraffinaderier i Belgien, Finland, Frankrike, Litauen, Nederländerna, Polen, Ryssland, Storbritannien, Sverige och Tyskland. Raffinaderierna i Östersjöregionen ligger som regel vid kusten vilket underlättar transport av bitumen till sjöss från raffinaderi till depå.

Nynäs-koncernen, som har specialiserat sig på produktion och försäljning av bitumen och nafteniska oljor samt bränslen, är den enda producenten av bitumen i Sverige. Förutom sina raffinaderier i Göteborg och Nynäshamn förfogar Nynäs-koncernen över två raffinaderier i Storbritannien. Genom allianser med andra specialoljeproducenter förfogar Nynäs-koncernen också över produktionsanläggningar i Belgien, Schweiz, Finland, USA och Curacao. Vidare förfogar Nynäs-koncernen över bitumendepåer i Norge, Danmark, Estland, Polen, Nederländerna, Frankrike och Spanien. Nynäs-koncernen är från ett europeiskt perspektiv en stor aktör på marknaden för bitumen.

Total-koncernen (Total)² är ett globalt energiföretag som har sin största omsättning i Europa. Total är, med sina 16 raffinaderier, den största producenten av bitumen i Europa.

Nynäs-koncernen, Shell och Total levererar bitumen till den danska marknaden. Nynäs-koncernen som förfogar över en depå i Danmark levererar sitt bitumen från sina raffinaderier i Sverige, England eller Belgien. Shell som förfogar över en depå i Danmark levererar sitt bitumen från Tyskland (Hamburg). Total som förfogar över en depå i Danmark levererar sitt bitumen från Tyskland (Brunsbüttel).

Nynäs-koncernen, Esso och Shell levererar bitumen till den norska marknaden. Det finns ett 20-tal depåer i Norge. Nynäs-koncernen levererar sitt bitumen från Göteborg, Esso främst från Storbritannien och Shell från Tyskland och Frankrike.

I Finland producerar Neste Oil Oyj, tidigare Fortum bitumen.³ Den 1 augusti 2003 överlät Fortum Oil and Gas Oy sin bitumenverksamhet till Nynäs Oy, ett dotterbolag till Nynäs Petroleum. Överlåtelsen avsåg försäljning och marknadsföring av bitumen samt teknisk kundtjänst och tillhörande forskning. Fortum fortsatte som tillverkare av bitumen. Bitumen importeras även från Ryssland och Europa till den finska marknaden.⁴

Efterfrågan

Asfaltsentreprenörer, som är de huvudsakliga slutkunderna av vägbitumen, efterfrågar leverans av bitumen till den plats där de har sitt asfaltsverk. För att bitumenförsäljaren ska kunna tillfredsställa efterfrågan måste bitumensäljaren försäkra sig om tillgång till dels varan bitumen, dels en depå i närheten (i regel ej längre bort än 30 mil) av asfaltsverket. Bitumensäljarens efterfrågan på lagring och hantering är således regional. Det bitumen som bitumenförsäljaren efterfrågar kan dock köpas från tillverkare på större avstånd. Det behöver i princip heller inte köpas av samma företag som tillhandahåller tjänsten lagring och hantering även om så ofta sker.

² Benämningen Total syftar på bolag inom vad som idag är Total koncernen, oavsett identitet på bolaget eller tidsperiod (dvs. oavsett om företaget gick under benämningen Elf eller Total). Särskilda bolag hänvisas till eget namn då sammanhanget gör det lämpligt.

³ Neste Oil äger till 50 procent AB Nynäs Petroleum.

⁴ Bl.a. företagen Southeast Trading Oy och Esso importerar och säljer bitumen på den finska marknaden.

Rättslig bedömning

Relevant marknad

Inledning

Konkurrensverket önskar göra följande förtydliganden till avsnittet relevant marknad.⁵

Relevant produktmarknad

Som nämns i punkten 112 i stämningsansökan tar Konkurrensverket inte slutlig ställning till avgränsningen av de relevanta produktmarknaderna avseende produkttyper och kvaliteter. Oavsett hur avgränsningen görs är Nynäs och Total att betrakta som konkurrenter då de båda företagen producerar och levererar alla olika produkttyper och kvaliteter avseende bitumen. Som framgår av stämningsansökan är penetrationsbitumen den produkttyp som normalt används vid tillverkning av asfalt.⁶

Relevant geografisk marknad

Vad gäller det särskilda kravet på penetrationsbitumen i Sverige önskar Konkurrensverket göra följande förtydliganden. Gällande EN standard 12591:1999 omfattar penetrationsbitumen och viskositetsbitumen. Standarden började tillämpas år 2000. För övriga bitumenprodukter finns inte någon gällande EN standard.⁷

I den nu gällande EN standarden för bitumen har Sverige lyckats förhandla sig till en särskild avvikelse vad gäller dynamisk viskositet vid 60 grader. Undantaget är

⁵ Se stämningsansökan punkterna 99-128.

⁶ Mer än 70 procent av allt vägbitumen som säljs är penetrationsbitumen. Förutom penetrationsbitumen används polymermodifierat bitumen, viskositetsbitumen, bitumenemulsioner samt ett antal specialprodukter som bitumen cutback vid tillverkning av asfalt.

⁷ SIS (Swedish Standards Institute) har det formella ansvaret att representera Sverige i det internationella standardiseringsarbetet. SIS är en fristående ideell förening med medlemmar från företag, myndigheter och andra organisationer. SIS är medlem i ISO – det globala standardiseringsorganet och CEN – det europeiska. SIS och projektdeltagarna utarbetar standarder inom de flesta områden.

inskrivet i standarden som en A-deviation.⁸ I Sverige har kravet på viskositeten för penetrationsbitumen förelegat långt innan denna tidpunkt. Motsvarande krav förelåg redan i Väg 1994 och även dessförinnan i BYA 84.

Den svenska avvikelserna innebär att det föreligger ett något högre krav i Sverige än i Europa vad gäller dynamisk viskositet vid 60 grader. Ur ett tekniskt perspektiv kan flera producenter i Europa klara av att producera bitumen som uppfyller de svenska kraven. Det är således inte endast den venezuelanska oljan som är lämplig för att framställa penetrationsbitumen i enlighet med det svenska kravet.

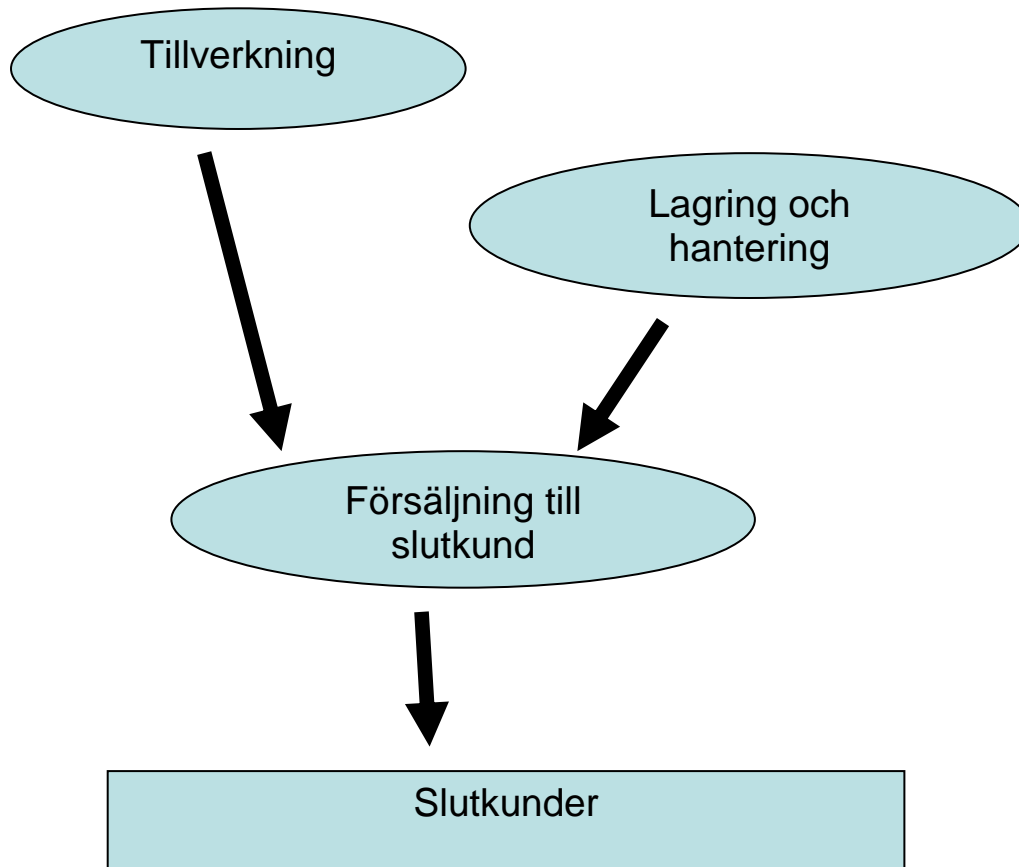
Den nuvarande EN standarden är inte harmoniserad. Även andra länder i Europa har fått sina speciella nationella krav inskrivna i den europeiska standarden. Eftersom standarden inte är harmoniserad finns det länder som inte åberopar den utan fortfarande tillämpar gamla nationella standarder som gällande standard. Sverige och Vägverket har dock förbundit sig att följa även ej harmoniserade standarder.

För närvarande pågår ett arbete inom det europeiska standardiseringsorganet CEN⁹ med att se över och revidera (femårsöversyn) den europeiska standarden. Målet är att standarden skall harmoniseras. Några särskilda nationella undantag eller A-deviationer kommer således inte vara möjligt. Den nya harmoniserade standarden beräknas börja gälla den 1 januari 2009 med obligatoriska krav på CE märkt bitumen.

I nedanstående figur beskrivs de olika marknadsleden avseende vägbitumen.

⁸ Om en europeisk standard strider mot svenska författningskrav (lagar, förordningar och myndighetsföreskrifter) skall SIS begära avvikelse (A-deviation), vilket innebär att en del av standarden inte gäller i Sverige. I avvikelserna framgår det svenska undantaget.

⁹ European Committee for Standardization.



Tillverkning: För att tillverka bitumen krävs ett raffinaderi. Oljebolagens raffinaderier kan vara mer eller mindre specialiserade på att framställa bitumen. De raffinaderier som kan producera bitumen betecknas i fortsättning bitumenraffinaderier. Såväl Nynäs som Total är stora tillverkare av bitumen i Europa och är således konkurrenter i detta led.

Försäljning till återförsäljare (Grossistledet): De företag som säljer bitumen till slutkund i Sverige kan köpa sitt bitumen från bitumenproducenter i eller utanför Sverige varför den relevanta geografiska marknaden för grossistförsäljning av bitumen troligen skall avgränsas till ett större geografiskt område än Sverige. Det faktum att det faktiskt sker import av bitumen till Sverige stärker bilden av att konkurrensen i detta led inte är avgränsat till Sverige. De företag som säljer bitumen till slutkund i Sverige är beroende av depåer för lagring av egen producerad bitumen eller bitumen levererad från inhemsk eller utländsk producent

Lagring och hantering: På marknaden lagring och hantering, det vill säga tillhandahållandet av depåer är Nynäs den största aktören i Sverige och den enda med ett rikstäckande nät av depåer. Total är en potentiell konkurrent på denna

marknad. I detta led är marknaden lokal eftersom bitumendepån inte kan ligga för långt bort från asfaltsverket.

Försäljning till slutkund: I detta led är både Nynäs och Total verksamma. Marknaden är att betrakta som lokal av samma skäl som ovan.

Vad gäller lagring och hantering och försäljning till slutkund kan den relevanta geografiska marknaden bl.a. med hänvisning till att slutkunderna inte agerar endast lokalt utan även nationellt anses omfatta hela Sverige.¹⁰ Vad däremot gäller försäljning till återförsäljare (grossistförsäljning) kan denna marknad vara större än Sverige.

Som förklaras i punkt 118 i stämningsansökan kan bitumenleverantörerna köpa och sälja bitumen sinsemellan för att kunna sälja bitumen till slutkunder på geografiska marknader där leverantören inte förfogar över egen produktion och/eller egna depåer. Genom sådana avtal möjliggör bitumenleverantör A i en region att dess konkurrent B, som saknar produktion och/eller depå i den regionen, får leverans av bitumen till sina slutkunder i den regionen i utbyte mot att A får tillgång till motsvarande mängd från B:s depåer i en region där A saknar egen produktion och/eller depåer. Detta innebär bl.a. att bitumenleverantörerna köper tjänsten lagring och hantering av varandra för att kunna vara verksamma på de olika geografiska marknaderna för försäljning till slutkund. Avtalen medför således att bitumenproducenter är konkurrenter och kunder till varandra samtidigt.

Förbudet i 6 § KL

Konkurrensverket önskar i denna del göra följande förtydliganden.

Konkurrensbegränsning

Händelseförloppet i nu aktuellt mål är enligt Konkurrensverket tydligt. I samband med Totals planerade etablering i Sverige av en, av Nynäs, oberoende depå har Total och Nynäs inlett förhandlingar beträffande Totals fortsatta verksamhet i Sverige.

Av Huvudavtalet framgår bl.a. att en negativa konsekvens av överenskommelsen mellan parterna var de kostnader som uppkommit på grund av att Total avbröt

¹⁰ I övrigt hänvisas till de argument som framförs i stämningsansökan, se punkterna 126-127.

etableringen av depån. Nynäs gick därför med på att ta över viss utrustning.¹¹ Utöver detta erhöll Total en rabatt under en period av fem år avseende alla produkter levererade till Total med 10 SEK/ton, dock begränsat till 1 MSEK totalt.

Enligt Tilläggsavtalet garanterades vidare Total en fast intäkt om 227 SEK/ ton oavsett vilken typ av bitumen som Total köpte av Nynäs AB och vilken slutkund som senare inhandlade de bitumenvolymer som Total tillhandhöll.

En konsekvens av avtalet var således att Total övergav sina planer att etablera en oberoende verksamhet på den svenska bitumenmarknaden. Överenskommelsen innebar att Total inte agerade på marknaden för lagring och hantering vilket bl.a. begränsade Totals möjligheter till import av egna bitumen produkter. Total kom dock att agera på marknaden för försäljning till slutkund, med då inte som någon oberoende aktör på grund av överenskommelsen med Nynäs.

Vidare har Nynäs tillhandahållit Total vissa kunder och volymer. Total fick genom detta arrangemang bl.a. insyn i Nynäs prissättning till slutkund. Nynäs kom genom överenskommelsen bl.a. att få insyn i Totals verksamhet och import vad gäller Styrelse.¹²

Nynäs och Total har genom sin överenskommelse frånträtt ett normalt konkurrensbeteende. Under normala omständigheter hade Nynäs och Total konkurrerat på den svenska marknaden. Total avbröt, i utbyte mot rabatter och garanterad vinstnivå samt tilldelning av kunder, etableringen av en egen depå med möjlighet till egen import.

För Total innebar överenskommelsen bl.a. de fördelarna att under ett visst antal år erhålla garanterad vinst, kunder och volymer utan att själv etablera sig som en oberoende aktör i Sverige. För Nynäs innebar överenskommelsen bl.a. den fördelen att Total, som ingår i en global koncern med en total omsättning år 2003 om 954.950.000.000 kronor, inte kom att utöva ett allvarligt konkurrenstryck i Sverige.

Den aktuella överenskommelsen (dvs. Huvudavtalet, Tilläggsavtalet och övriga överenskommelser) ger uttryck för en gemensam avsikt från företagen att agera på marknaden på ett visst sätt. Överenskommelsen mellan företagen utgör

¹¹ Se "Bitumen Agreement" punkten 2.3.

¹² Se stämningsansökan punkterna 143-145.

marknadsdelning och prissamverkan, vilka i sig alltid har ett konkurrensbegränsande syfte. Det informationsutbyte som förevarit utgör en del av avtalet eller det samordnade förfarandet.

Konkurrensskadeavgift

Ansvar för överträdelsen

Konkurrensverket önskar utöver det som framgår av stämningsansökan framhålla följande vad gäller ansvarssubjekt.

Av 26 § KL framgår att ett företag får åläggas att betala konkurrensskadeavgift om företaget eller någon som handlar på företagets vägnar uppsåtligen eller av oaktsamhet har överträtt förbudet i 6 § KL. I motiveringen till bestämmelsen anges att konkurrensskadeavgift skall betalas av den eller de företag i vars verksamhet överträdelsen ägt rum.¹³

Enligt rättspraxis kan ett företags moderbolag hållas ansvarigt för företagets konkurrensbegränsande beteende, om det sistnämnda företaget inte självständigt har bestämt sitt agerande på marknaden utan i huvudsak har tillämpat instruktioner som det har fått av moderbolaget, och detta särskilt när detta beror på de ekonomiska och juridiska band som binder samman företagen.¹⁴

Vad gäller Total Bitumen Deutschland GmbH¹⁵ var detta företag vid den aktuella tidsperioden ett helägt dotterbolag till Total Deutschland.¹⁶ Total har genom sitt ägande av Total Bitumen Deutschland GmbH möjlighet att utöva ett avgörande inflytande på företaget genom sitt ägande av samtliga aktier i bolaget.

Då det i detta fall rör sig om ett helägt dotterbolag kan det antas att moderbolaget faktiskt hade ett avgörande inflytande över dotterbolagets agerande.

Det kan vidare konstateras att moderbolaget står som avtalspart i ett utkast till "Heads of Agreement". Vidare var Germaine Hagenbach, chef för verksamheten avseende industri- och slutkunder i Total Deutschland, samtidigt styrelseledamot

¹³ Prop. 19992/93:56 s. 91.

¹⁴ Se MD 2001:30 och mål C-286/98 Stora Kopparbergs Bergslags AB mot kommissionen, REG 2000 I-9925 punkt 79.

¹⁵ Tidigare Elf Bitumen Deutschland GmbH.

¹⁶ Tidigare Elf Oil Deutschland GmbH.

i Total Bitumen Deutschland GmbH, Total Bitumen Skandinavien ApS¹⁷ och Total Norge A/S¹⁸, vid tidpunkten för avtalsförhandlingarna mellan parterna.

Uppsåt och oaktsamhet

Konkurrensverket anser att det måste ha stått klart för företagen eller de berörda bolagsföreträdarna att det påtalade förfarandet syftade till att begränsa konkurrensen. Marknadsdomstolen har i tidigare avgöranden slagit fast att kravet på uppsåt är uppfyllt om ett företag, eller någon som handlar på dess vägnar, inte kunnat vara omedveten om att det påtalade förfarandet begränsade konkurrensen.¹⁹

Av Huvudavtalet punkten 21.1 framgår vidare att avtalet är villkorat av aktuella myndigheters godkännande.²⁰ Enligt punkten 21.2 framgår att parterna kommit överens om att hos Konkurrensverket ansöka om icke-ingripande besked. Parterna kom att tillämpa avtalet utan att ansöka om icke-ingripande besked hos berörda konkurrensmyndigheter.

Beräkning av konkurrensskadeavgiften

Beräkning av avgiften

Vad gäller hur Konkurrensverket anser att konkurrensskadeavgiften skall beräknas för respektive bolag, görs inte några förtydliganden i detta skede, se ovan.

Bevisning

Konkurrensverket frånfaller den bevisning som åberopats avseende Nynäs Petroleum's missbruk av dominerande ställning. Vidare önskar Konkurrensverket beredas möjlighet att komplettera sin bevisning om motparternas bevisuppgifter ger anledning till det.

¹⁷ Tidigare Elf Bitumen Skandinavien ApS.

¹⁸ Tidigare Elf Oil Nordic A/S.

¹⁹ MD 1999:22; MD 2000:2 och MD 2005:7.

²⁰ Article 21 – Competition authorities. 21.1 “This Agreement is subject to non-objection being received from competent authorities”. 21.2 “The parties have agreed jointly to ask for decision of non -objection (icke-ingripande besked) by the Swedish Competition Authority in accordance with the Swedish competition law § 21”.

Övrigt

Med anledning av att Konkurrensverket frånfaller påståendet om missbruk av dominerande ställning och anbudsriggning bifogas stämningsansökan där det, genom överstrykning av text, framgår vilka punkter eller delar av punkter som bortfaller.

Magnus Ulriksson

Adrienne de Joung