

Wiersholm, Mellbye & Bech Advokatfirmaet AS
V/ Carl E. Roberts
Postboks 1400 Vika
0115 Oslo

Deres ref.:

Vår ref.:

Saksbeh.:

Dato: 7. juli 2006

■ **Hjelp24 Trygghetsalarm AS - konkurranseloven § 12 jf. 11 - avslag på anmodning om pålegg om opphør**

Avgjørelse A2006 – 44

Innledning

Ved brev av 29. mars 2004 ble Konkurransetilsynet anmodet om å vurdere 110-Telemarks praksis i forhold til konkurranseloven § 11. Det vises også til senere korrespondanse og kontakt i saken, senest Deres brev av 7. mars 2006.

Hjelp24 Trygghetsalarm (Hjelp24) anfører at det synes å være konkurransemessige begrensninger i markedet for trygghetsalarmtjenester i Telemark. Ifølge Hjelp24 skyldes konkurransebegrensningene at 110-Telemark, som er felles brannalarmsentral for samtlige kommuner i Telemark, tilbyr trygghetsalarmsentraltjenester tilsynelatende gratis til kommunene. Ifølge klager skjer dette ved at 110-Telemark kobler brannalarmtjenesten med trygghetsalarmtjenesten. Kommunene må dermed betale for trygghetsalarmtjenesten uavhengig av om de ønsker denne tjenesten levert av 110-Telemark eller ikke. Det anføres videre at andre leverandører av trygghetsalarmtjenester, eksempelvis Hjelp24, derfor i praksis ikke vil ha mulighet til å konkurrere om levering av tjenesten til kommunene i Telemark. På denne bakgrunn hevder klager at 110-telemarks prispraksis innebærer en utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling i strid med konkurranseloven § 11.

110-Telemark har på sin side anført at konkurranselovens regler ikke kommer til anvendelse, fordi det er tale om virksomhet i egen regi.

Hjelp24 er en tjenesteleverandør innen drift og betjening av helsetjenester. Selskapet eies av Gjensidige Forsikring. Selskapets hovedvirksomhet er trygghetsalarmtjenester for eldre og ensligboende. I enkelte kommuner leverer Hjelp24 en totaltjeneste med både alarmsentraltjeneste og utrykning hjem til brukerne, men i de fleste tilfeller formidles selve utrykningen til hjemmesykepleien.

110-Telemark er en brannalarmsentral for samtlige kommuner i Telemark, og er organisert som et interkommunalt samarbeid i henhold til kommuneloven § 27. Skien kommune er vertskommune for sentralen.

Oversikt over saksbehandlingen

Ved brev datert 29. mars 2004 ble Konkurransetilsynet anmodet om å vurdere 110-Telemarks praksis i forhold til bestemmelsen i konkurranseloven § 11.

På bakgrunn av de undersøkelser anmodningen medførte, konkluderte Konkurransetilsynet med at 110-Telemarks prispraksis kunne ha konkurransebegrensende virkninger. På denne bakgrunn sendte tilsynet den 22. november 2004 en påpekning til 110-Telemark og de involverte kommunene med hjemmel i konkurranseloven § 9 første ledd bokstav e. I påpekningen foreslo tilsynet omlegging til separat prising av trygghetsalarmtjenester, og ba om tilbakemelding på hvordan kommunene ville ivareta de konkurransemessige hensyn i markedet for trygghetsalarmtjenester i Telemark. Konkurransetilsynet tok imidlertid ikke stilling til om praksisen var i strid med konkurranseloven.

I etterkant av påpekningen fattet Konkurransetilsynet den 25. november 2004 avgjørelse om å avslå Hjelp24s anmodning om å pålegge opphør av 110-Telemarks praksis i henhold til konkurranseloven § 12 jf. § 11. Avslaget var begrunnet med at ovennevnte påpekning ble vurdert som mer hensiktsmessig fordi saken reiste vanskelige spørsmål knyttet til lovens anvendelse på offentlig virksomhet.

Ved brev til Konkurransetilsynet datert 14. januar 2005 fra Skien kommune ble det klart at 110-Telemark ikke hadde til hensikt å ta Konkurransetilsynets påpekning til følge. Som følge av dette rettet Hjelp24 en ny henvendelse til tilsynet, datert 21. februar 2005, hvor tilsynet ble oppfordret til å følge saken opp videre. Oppfordringen ble avslått av Konkurransetilsynets i avgjørelse A2005 – 19, fordi tilsynet ikke fant å kunne prioritere ressurser til å behandle saken.

Avslaget ble påklaget ved brev datert 24. juni 2005. Klagen ble tatt til følge, i den forstand at Konkurransetilsynet ved brev 14. desember 2005 meddelte at tilsynet hadde besluttet å prioritere ressurser til å vurdere saken i forhold til konkurranseloven § 11. Partene kom så med ytterligere anførsler ved brev av 15. februar og 7. mars 2006.

Konkurranseloven § 11

Konkurranseloven § 11 forbyr dominerende foretak å utnytte sin markedsrett på en utilbørlig måte. Bestemmelsen tilsvarer EØS-avtalens artikkel 54 og EF-traktatens artikkel 82. Praksis knyttet til tolkningen av disse bestemmelsene vil således være relevant ved anvendelsen av konkurranseloven § 11. For at 110-Telemarks praksis skal være i strid med konkurranseloven § 11, må tre vilkår være oppfylt. For det første må 110-Telemark regnes som et foretak i konkurranselovens forstand, det må ha en dominerende stilling og det må foreligge en utilbørlig utnyttelse fra 110-Telemarks side. Konkurransetilsynet har på bakgrunn av klagen vurdert om 110-Telemark opptrer i strid med forbudet i konkurranseloven § 11. Vi vil ikke gå nærmere inn på om vilkåret om markedsdominans er oppfylt ettersom forholdene som anføres i klagen uansett ikke synes å kunne innebære utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling. Først vil tilsynet imidlertid knytte enkelte kommentarer til anførselen om egen regi.

Særlig om egen regi

Skien kommune har anført at konkurransereglene ikke kommer til anvendelse fordi det er tale om virksomhet i egen regi. Begrepet egen regi er ikke knyttet til konkurranseloven, men til lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser. Unntaket for egen regi knytter seg til aktivitet som skjer i offentlig virksomhets egen regi, og som i så fall ikke må konkurranseutsettes etter denne lovens regler. Konkurranseloven og lov om offentlige anskaffelse er imidlertid to ulike og selvstendige regelverk. Selv om en anskaffelse skulle være unntatt fra de ordinære regler om offentlige anskaffelser har dette ingen betydning for om konkurranselovens regler kommer til anvendelse. Det vil derfor ikke bli tatt stilling til rekkevidden av unntaket for egen regi i forhold til plikten for den enkelte kommune til å anbudsutsette kjøp av trygghetsalarmtjenester.

Foretaksbegrepet

Foretaksbegrepet er definert i konkurranseloven § 2 som enhver enhet som utøver privat eller offentlig ervervsvirksomhet. Utgangspunktet er at begrepet foretak omfatter enhver enhet som er involvert i økonomisk aktivitet uavhengig av enhetens rettslige status, og uten hensyn til hvordan enheten er finansiert. For å avgjøre om en enhet er et foretak i konkurranselovens forstand må man derfor først og fremst vurdere om enheten utøver økonomisk aktivitet.

For å utøve økonomisk aktivitet er det ikke et krav om at enheten har profittmotiv eller økonomisk formål. Offentlige enheter kan derfor etter en nærmere vurdering anses for å være foretak. Det er også i utgangspunktet uten betydning om virksomheten finansieres over offentlige budsjetter.

Et sentralt moment i vurderingen av om enheten utøver økonomisk aktivitet, er om enheten er i en posisjon til å kunne generere effekter i markedet som konkurransereglene har som formål å motvirke. Det sentrale spørsmålet blir derfor om enheten tilbyr varer og tjenester i et marked.

Virksomheten 110-Telemark utøves av Skien kommune. Følgelig er det relevante kriteriet hvorvidt Skien kommune er et foretak eller ikke. Det følger av praksis at foretak defineres ut fra en funksjonell tilnærming, som innebærer at en enhet kan være et foretak i utførelsen av visse deler av virksomheten og ikke anses som et foretak ved utførelsen av andre deler av virksomheten. Spørsmålet er således om Skien kommune ved tilbud av brannvarslings- og trygghetsalarmtjenester er å betrakte som et foretak i konkurranselovens forstand. Det må da konkret vurderes i hvilken utstrekning kommunen i den forbindelse kan antas for å utøve økonomisk aktivitet.

Bakgrunnen for opprettelsen av 110-Telemark er at Direktoratet for samfunnssikkerhet og beredskap med hjemmel i brann- og eksplosjonsvernloven § 16 første ledd i 2002 besluttet å sentralisere brannvarslingssentralene i Norge. Antallet sentraler skulle reduseres fra 41 til 24 fra 1. oktober 2003. Sentraliseringen ble blant annet begrunnet med effektivisering og reduserte kostnader. Brannalarmsentralen for Telemark ble besluttet sentralisert til Skien ved Skien brannvesen. 110-Telemark har altså et lovpålagt monopol for brannvarslingstjenester i Telemark. Varslingstjenesten er en del av den offentlige infrastruktur, som tradisjonelt har vært, og fortsatt er en offentlig fellesoppgave.

Konkurransetilsynet legger derfor til grunn at Skien kommunes drift av brannvarslingstjeneste ikke er økonomisk aktivitet. I forhold til brannvarslingstjenesten er Skien kommune ikke et foretak, og ikke omfattet av konkurranseloven § 11.

Til forskjell fra brannvarslingstjenesten er kommunen ikke pålagt med hjemmel i lov å tilby trygghetsalarmtjeneste. Videre kan trygghetsalarm vanskelig sies å være en del av samfunnets infrastruktur, på samme måte som brannvarslingstjenesten. Det er heller ikke en offentlig tjeneste med lange tradisjoner, og det er kun i moderne tid det har vært teknisk mulig å tilby tjenesten. Da trygghetsalarmer kom på markedet, ble ansvaret for alarmene normalt lagt til kommunenes eksisterende driftsenheter med døgnkontinuerlig vakt: Brannvesen, syke- og aldershjem, legevaktssentraler og interkommunale vaktssentraler. Det er fortsatt vanlig at kommuner benytter seg av slike offentlige enheter som alarmsentral. De offentlige enhetene møter imidlertid konkurranse fra private aktører som Hjelp 24. For eksempel velger en av kommunene i telemark å kjøpe trygghetsalarmtjeneste fra en privat aktør. Andre tilbydere av trygghetsalarmtjenester i Norge er vaktelskaper og veldedige organisasjoner som Norsk Folkehjelp og Røde Kors.

Konkurransetilsynet antar på denne bakgrunn at tilbud av trygghetsalarmtjenester regnes som økonomisk aktivitet, og Skien kommune må således anses som et foretak i konkurranselovens forstand i relasjon til trygghetsalarmtjenesten.

Markedet for mottak og formidling av trygghetsalarmer

For å kunne vurdere om den påståtte atferden kan sies å være utilbørlig utnyttelse i strid med konkurranseloven § 11, er det nødvendig med en beskrivelse av markedet for mottak og formidling av trygghetsalarmtjenester.

Brukere av trygghetsalarmer vil av ulike grunner og på ulike tidspunkter kunne ha behov for medisinsk hjelp. En trygghetsalarm fungerer slik at bruker ved å trykke på en bærbar alarmknapp iverksetter selve alarmen som ringer opp et alarmmottak. Bemanningen i alarmmottaket iverksetter så tiltak etter samtale med bruker. Dersom det er behov for utrykning formidles dette fra alarmmottaket til utrykningspersonell. Som oftest er dette hjemmesykepleien i avtalekommunen.

Bruk av trygghetsalarmer forutsetter derfor tre ulike elementer. For det første må det fysisk være installert en trygghetsalarm, dernest må det være en alarmsentral som tar imot alarmen og videreformidler denne til det siste elementet, som er personell som ved behov kan rykke ut til bruker. Disse tre elementene er uavhengige av hverandre i den forstand at de kan utføres, og i praksis utføres, av ulike aktører. For eksempel tilbyr 110-Telemark kun mottaks- og formidlingsfunksjonen. Mottak og formidling av trygghetsalarmer utgjør derfor et separat marked i forhold til de andre elementene.

Mottak og formidling av trygghetsalarmer er avhengig av at brukeren har en trygghetsalarm som er koblet til en sentral. Det er ikke nødvendig at denne sentralen er lokalisert i nærheten av brukeren. Hjelp 24 har for eksempel ett alarmmottak og er en landsdekkende leverandør av denne tjenesten. Markedet for mottak og formidling av trygghetsalarmer antas derfor å minst være nasjonalt. Ettersom det er uten betydning for konklusjonen i saken tas det i den foreliggende sak ikke endelig stilling til om markedets geografiske utstrekning er større enn dette.

Utilbørlig utnyttelse

Konkurranseloven § 11 forbyr ensidig atferd fra dominerende foretak som skader konkurransen i markedet. Det avgjørende er om det dominerende foretaket opptrer på en måte som medfører fare for at konkurransen i det relevante markedet elimineres eller reduseres¹. Det kreves ikke årsakssammenheng mellom den dominerende stillingen og den utilbørlige utnyttelsen².

Konkurransbegrensningsvurderingen er i utgangspunktet objektiv³. I visse tilfeller av utilbørlig utnyttelse vil imidlertid beviser for virksomhetens hensikt likevel kunne ha betydning for vurderingen, særlig ved konkurranseskadelig underprising⁴.

Spørsmålet i foreliggende sak er om 110-Telemarks prising til kommunene kan utgjøre en utilbørlig utnyttelse i strid med konkurranseloven § 11.

Hjelp24 anfører i klagen at 110-Telemark kobler brannalarmtjenesten med trygghetsalarmtjenesten. Kommunene må dermed ifølge klager betale for trygghetsalarmtjenesten uavhengig av om de ønsker denne tjenesten levert av 110-Telemark eller ikke. Dette medfører ifølge klager at aktører som Hjelp24 stenges ute fra markedet.

Produktsammenbinding innebærer at to (eller flere) produkter selges samlet. Produktsammenbinding kan gi både reduserte kostnader og økt kvalitet, hvilket i neste omgang bidrar til økt konkurranse. På den andre siden kan produktsammenkobling føre til at like effektive konkurrenter stenges ute fra markedet. Den utestengende effekten må vurderes konkret i hvert tilfelle. Praksis fra EF-domstolen gir anvisning på relevante momenter i en slik vurdering. Det kan blant annet legges vekt på atferdens utforming og natur, på foretakets markedsandel, nettverkseffekter, hvor stor del av markedet som er bundet opp, hvilke kunder som er bundet opp, stordriftsfordeler og etableringshindringer. Både faktiske og potensielle virkninger av atferden er relevante. Produktsammenbinding kan imidlertid i enkelte tilfeller forsvares ut ifra en legitim begrunnelse, for eksempel fordi sammenbindingen fører til at effektivitetsgevinster blir realisert.

I henhold til vedtektene skal 110-Telemarks primær oppgave være å ta imot brannmeldinger og meldinger om akutt forurensning på telefonnummer 110, og å videreformidle disse i henhold til rutiner gitt av brannsjefen i den aktuelle kommunen. Videre har kommunene i vedtektene bestemt at 110-Telemark i tillegg til primær oppgaven skal tilby samtlige deltagende kommuner blant annet mottak og formidling av trygghetsalarmer, innbruddsalarmer, heisalarmer og andre tekniske alarmer fra deltagende kommuners bygninger. Omfanget av oppgavene skal ifølge vedtektene jevnlig være gjenstand for justeringer og endringer med bakgrunn i regelverksendringer,

¹ Forenede saker 6 og 7/73 Commercial Solvents, premiss 25; sak 311/84 Télémarketing, premiss 27; og sak C-7/97 Bronner, premiss 38.

² Sak 6/72 Continental Can mot Kommisjonen, premiss 27.

³ Sak 85/76 Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen premiss 91

⁴ AKZO-dommen premiss 72

erfaringer og markedsutviklingen. 110-Telemark skal i tillegg, innenfor rammen av egen kapasitet, selge tjenester innen alarmering, varsling og formidling. Ifølge opplysninger fra 110-Telemark innebærer dette at det tilbys direkte brannalarmer for bedrifter etc. Tilbud av mottak og formidling av trygghetsalarmer er kun rettet mot de 18 kommunene i Telemark.

Kommunene i Telemark plikter ikke å være deltaker i det interkommunale samarbeidet, men må uansett knytte seg til brannalarmsentralen, og med grunnlag i avtale bære sin andel av kostnadene ved etablering og drift, jf. Direktoratet for samfunnssikkerhet og beredskaps vedtak av 28. februar 2003, jf. brann- og eksplosjonsvernloven § 37, jf. § 16 første ledd.

Det interkommunale samarbeidet hva gjelder mottak og formidling av trygghetsalarmer kan i realiteten sies å være et produksjonssamarbeid hvor kundene (kommunene) går sammen om selv å produsere en tjeneste de ellers kunne kjøpt fra andre tilbydere. Etter opplysninger forlagt Konkurransetilsynet tilbys tjenesten i dag kun til deltakende kommuner i Telemark. Det er imidlertid som nevnt i vedtektene til 110-Telemark åpnet for at det er mulig å tilby tjenesten til kommuner i Telemark som velger å stå utenfor samarbeidet. Samtlige kommuner er imidlertid deltakere i samarbeidet, og det er derfor vanskelig å si noe om hvordan en eventuell prising av trygghetsalarmtjenesten ville vært overfor kommuner utenfor samarbeidet.

Kostnadene til samtlige tjenester skal dekkes innenfor det årlige beløpet som fordeles mellom de deltagende kommunene basert på innbyggertall. Dette innebærer at kostnadene til trygghetsalarmtjenesten må dekkes av deltakerkommunene uavhengig av om den enkelte kommune benytter seg av tjenesten eller ikke. Som påpekt av tilsynet i brev av 22. november 2004 vil en separat prissetting av trygghetsalarmtjenesten som reflekterer 110-Telemarks ekstra kostnader forbundet med å tilby mottak og formidling av trygghetsalarmer kunne åpne for konkurranse fra private om å levere denne tjenesten til kommunene i Telemark.

Det interkommunale samarbeidet gjelder imidlertid kun 18 kommuner. I et nasjonalt marked hvor det eksisterer 431 kommuner samt en rekke andre kunder, vil den eventuelle markedsmessige virkningen være meget begrenset. Dessuten kan den enkelte kommune fritt velge å benytte andre leverandører av mottak og formidling av trygghetsalarmer.

I tillegg er det opplyst fra 110-Telemark at det forventes 1500 årlige brannvarslinger per år. Dette tilsvarer at det gjennomsnittlig går 5,84 timer mellom hver varsling. 110-Telemark er lovpålagt å ha to personer på vakt til enhver tid. Dette innebærer at det er mye ledig kapasitet og ubenyttede ressurser. Konkurransetilsynet vurderer det derfor som effektivt at telefonoperatørene også blir brukt til å betjene trygghetsalarmer.

Etter en samlet vurdering har Konkurransetilsynet kommet til at vilkåret om utilbørlig utnyttelse i konkurranse-loven § 11 neppe er oppfylt. Vi finner derfor ikke grunnlag for å prioritere ytterligere ressurser i arbeid med saken.

Konklusjon

Etter en fornyet behandling av saken fastholder Konkurransetilsynet avslaget på anmodningen om å påby opphør etter konkurranse-loven § 12.

Vi gjør oppmerksom på at De med hjemmel i konkurranse-loven § 12 tredje ledd kan påklage Konkurransetilsynets avgjørelse innen tre uker. Forvaltningslovens bestemmelser om klage i kapittel VI gjelder så langt de passer. En eventuell klage stiles til Fornyings og administrasjonsdepartementet, men sendes Konkurransetilsynet.

Vi gjør for øvrig oppmerksom på at foretak som mener seg rammet av en overtredelse av konkurranse-loven § 10 eller § 11 selv kan forfølge saken ved å reise sak for domstolene. Man er således normalt ikke avhengig av at Konkurransetilsynet skal involvere seg i saken og eventuelt gripe inn for å kunne beskytte seg mot en overtredelse.

Med hilsen

