

V1998-92 10.11.98

Vedtak om opphevelse av dispensasjon for Grenland Transport AS

Sammendrag:

I vedtak V98-09 ble det gitt dispensasjon fra konkurranselovens forbud mot markedsdeling. Dispensasjon gjaldt et samarbeid mellom selvstendige transportører (lastebileiere) som innebar at et selskap, Grenland Transport, fordelte transportoppdrag mellom de tilknyttede transportørerene. Dispensasjonsvedtaket ble påklaget og Konkurransetilsynet tok saken opp til ny behandling. Det sentrale spørsmålet var om et konkurranseforbud pålagt deltakerne i samarbeidet måtte anses som en ulovlig markedsdeling. Videre var det spørsmål om selve fordelingen av oppdrag måtte anses som en markedsdeling. Konkurransetilsynet kom til at dette ikke var tilfellet. V98-09 kunne derfor oppheves. Konkurransetilsynet fulgte her opp sine standpunkter i avgjørelsene A98-05 og A98-10.

[V98-9](#) av 29. januar 1998 ble Grenland Transport AS gitt dispensasjon fra konkurranse-loven (krrl.) § 3-3. Vedtaket ble påklaget av tre av selskapets aksjonærer den 17. februar 1998.

Konkurransetilsynet har kommet til at klagen ikke kan tas til følge, men at vedtaket likevel blir å oppheve. Årsaken til dette er at det etter tilsynets oppfatning ikke foreligger noen ulovlig markedsdeling som nødvendiggjør dispensasjon.

Konkurransetilsynet vil i det følgende gjøre nærmere rede for sine synspunkter.

Bakgrunn

V98-9 gir Grenland Transport dispensasjon fra konkurranseloven (krrl.) § 3-3 for to forhold:

- fordeling av oppdrag mellom tilknyttede transportører, og
- konkurranseforbud pålagt medlemmene.

Selskapet driver med formidling av transport for medlemmene (eierne), som er selvstendige transportører (lastebileiere). Det er selskapet som forhandler med kundene om transportoppdrag, herunder priser, og som inngår kontrakt med kundene. Reelt sett er det altså tale om et felles salgskontor.

Det dreier seg her om et horisontalt samarbeid mellom aktuelle eller potensielle konkurrenter som i utgangspunktet er i strid med krrl. § 3-1. Denne delen av samarbeidet er imidlertid fritatt etter forskrift nr. 73 av 1. januar 1994 om dispensasjon fra konkurranseloven kap. 3 for lastebil- og turbilsentraler. Forskriften gir bare fritak fra §§ 3-1, 3-2 og 3-4.

Det prinsipielle spørsmål er derfor om de to ovennevnte punkter innebærer en form for markedsdeling i strid med § 3-3. Spørsmålet er av prinsipiell betydning fordi nær sagt ethvert felles salgsorgan mellom konkurrenter vil innebære slike konkurransebegrensninger mellom deltakerne. Dette er også årsaken til at saksbehandlingen har trukket noe ut i tid.

Konkurransetilsynets vurderinger

I henhold til tidligere praksis ble iallfall konkurranseforbudet betraktet som en markedsdeling i strid med krrl. § 3-3. Drøftelsen i det følgende vil konsentreres om dette elementet i samarbeidet - fordelingen av oppdrag vil bli kort kommentert til slutt.

Den konkrete klausulen er formulert som et forbud mot å "bygge opp sitt eget firma under Grenland Transport AS". Formuleringen er uklar, men et alternativ er å se det som et forbud mot å ta oppdrag utenom sentralen. Konkurransetilsynet har lagt en slik forståelse til grunn som bakgrunn for dispensasjonen.

Det er særlig to spørsmål som må avklares. For det første er det spørsmål om konkurranseforbudet isolert sett kan sies å innebære en "markedsdeling" i lovens forstand. Dersom dette må besvares bekræftende, må det drøftes om dette har så nær sammenheng med prissamarbeidet at det likevel ikke kan sies å være markedsdeling.

Konkurransseforbudet innebærer at deltakerne ikke står fritt til å handle i markedet på egen hånd. Dette er utvilsomt en konkurransebegrensning. Spørsmålet er om det også er en markedsdeling i form av en kundedeling. Tankegangen er i såfall at deltakerne ikke står fritt mht hvilke kunder de kan betjene. I dette tilfellet er "delingen" total - deltakerne kan overhode ikke konkurrere om selskapets kunder. Problemstillingen er langt på vei den samme som i forhold til lignende konkurranseforbud i andre kontraktsformer. Blant annet kan nevnes:

- konkurranseklausuler i arbeidsforhold som innebærer at arbeidstaker ikke kan konkurrere med arbeidsgiver under arbeidsforholdet og/eller i en periode etter forholdets opphør
- konkurranseforbud i agentforhold og andre oppdragsforhold,
- konkurranseforbud i selskapsforhold
- konkurranseforbud i kjede- og franchiseforhold
- konkurranseforbud i andre former for joint ventures enn salg-jv

I alle disse tilfellene kan konkurranseforbudet gjelde både under kontraktsperioden og i en periode etterpå. Selv om det ikke er uttrykkelig avtalt vil et konkurranseforbud under avtaleperioden i de fleste (hvis ikke alle) av de ovennevnte tilfeller uansett følge av den ulovfestede plikten til lojalitet i kontraktsforhold. I visse tilfeller vil det dessuten følge av markedsføringslovens §§7, 8 eller 8a, jf. § 1. I ansvarlige selskaper er det videre lovens hovedregel, se selskapsloven § 2-23. (Noen lignende regel gjelder naturlig nok ikke i aksjeselskapsforhold eller for kommandittselskap. Det kan likevel avtales i vedtektene, aksjonæravtaler eller lignende.) Det samme gjelder i agentforhold, se agentlova §§ 34 og 36.

Et konkurranseforbud etter avtaleperiodens opphør vil etter omstendighetene også følge av kravet til lojalitet i kontraktsforhold. Videre vil nevnte bestemmelser i markedsføringsloven også kunne medføre begrensninger på adgangen til å konkurrere etter opphøret av et avtaleforhold. I agenturloven er det dessuten en egen bestemmelse om slike konkurranseforbud. Her heter det at en avtale som begrenser

agentens adgang til å drive virksomhet etter avtalens opphør bare er bindende hvis den er:

- inngått skriftlig,
- gjelder det geografiske området eller den kundekrets som agenten har fått tildelt, og
- gjelder de samme varetyper som agenturavtalen.

Det heter også at konkurranseklausulen bare kan gjelde i høyst to år etter opphøret av avtalen. (Agenturloven § 34 er interessant på flere måter i denne sammenheng. Særlig må det fremheves at loven ble vedtatt kort tid før krrl, uten at krrl. er kommentert i forarbeidene til agenturloven, og uten at agenturloven § 34 er nevnt i forarbeidene til krrl. Heller ikke konkurranseforbud i de andre avtaleformene nevnt ovenfor er nevnt i krrl. Dette indikerer at en ikke har sett for seg at disse kunne rammes av § 3-3. Dette kommer vi tilbake til i vurderingen av reelle hensyn nedenfor. JS legger videre til grunn at den spesifikke reguleringen som er foretatt i agenturloven § 34 uansett vil måtte medføre at § 3-3 ikke får anvendelse på konkurranseforbud omfattet av § 34 i agenturloven.) Også i andre av de nevnte avtaletyper vil et konkurranseforbud kunne være begrenset geografisk eller til en bestemt kundemasse eller på annen måte.

Avtaleloven § 38 har videre en spesialbestemmelse for slike konkurranseforbud. Bestemmelsens første ledd første pkt. lyder:

"Har nogen gaat ind paa, at han av konkurransehensyn ikke skal ta plads i eller drive forretning eller virksomhet av en viss art, binder vedtagelsen ham ikke, forsaavidt den urimelig indskrænker hans adgang til erhverv eller maa anses for at strække sig længer end paakrævet for at værne mot konkurranse".

I avtl. § 38 annet ledd er det en spesialregel for ansettelsesforhold. I utgangspunktet er en karanteneklausul pålagt en underordnet ikke bindende. Den kan imidlertid likevel være det hvis stillingen gir innblikk i kundekrets og forretningshemmeligheter, forutsatt at den ikke strekker seg lenger enn nødvendig og ikke i urimelig grad vanskeliggjør den underordnedes adgang til erverv.

I et tilfelle som her (konkurranseforbud i salgs-jv) settes problemet på spissen, på den måte at dersom dette *ikke* er markedsdeling, synes heller ikke noen av de andre formene for konkurranseforbud å kunne være det. Dette fordi lojalitetsaspektet kanskje gjør seg minst gjeldende her, samt at samarbeidet har en utpreget horisontal karakter. Det presiseres at dette er en generalisering. Det vil selvsagt kunne forekomme situasjoner hvor det utvilsomt foreligger en markedsdeling selv om det (også) foreligger en eller annen form for konkurranseforbud. Et eksempel kan illustrere dette. Hvis et norsk og et svensk oljeselskap avtaler å dele Norge og Sverige mellom seg er dette selvsagt markedsdeling. Hvis de to selskapene eier hver sin bensinstasjon på den andre siden av Svinesund er det også markedsdeling hvis de selger stasjonene til hverandre, kombinert med en klausul om ikke å etablere konkurrerende virksomhet i hverandres områder. Problemet er om det også er markedsdeling i de vanlige situasjonene der selger av en bedrift påtar seg en forpliktelse til ikke å konkurrere i en gitt periode. (Konkurransetilsynet har kommet til at dette normalt ikke vil være markedsdeling, se tilsynets avgjørelse A-98/10.)

I forarbeidene heter det om kundedeling at dette innebærer "at deltakerne betjener hver sine sett av

etterspørrere og ikke konkurrerer om hverandres kundegrunnlag. Reguleringen kan eventuelt gå ut på å respektere hverandres kunder. Deltakerne kan i så fall konkurrere om nye kunder, men ikke overta kunder som er knyttet til en av deltakerne.". (NOU 1991:27 side 131.)

Formuleringene indikerer at en her har tenkt på en situasjon hvor partene oppnår en gjensidig skjerming mot konkurranse. Konkurranseforbudene karakteriseres ved at det bare er den ene parten som blir beskyttet mot konkurranse fra den andre. Det dreier seg videre om forhold som var velkjente i norsk rett før konkurranselovens utarbeidelse. Det har derfor formodningen mot seg at det har vært meningen å forby slike klausuler, all den stund forarbeidene ikke sier noe om dette. Forarbeidene nevner avtl. § 38 i tilknytning til forretningsnektelser. (NOU 1991:27 side 222-223.) Utvalget synes imidlertid ikke å ha sett at dette kunne innebære en form for markedsdeling.

Et annet sentralt moment er at det dreier seg om noe som gjennomgående må ses som utslag av den alminnelige lojalitetsplikt i kontraktsforhold. Det kan derfor normalt ikke spille noen rolle om et konkurranseforbud er uttrykt eksplisitt eller ikke. Skulle markedsdelingsforbudet forby slike konkurranseforbud ville det i såfall innebære et forbud mot alt samarbeid knyttet til salg mellom aktuelle eller potensielle konkurrenter. Ethvert ansvarlig selskap ville vært lovstridig, ethvert agentforhold ville vært lovstridig, ja nær sagt ethvert samarbeid som innebærer felles innsats med sikte på salg av varer eller tjenester ville vært lovstridig. Dette kan ikke være tilfelle.

Problemet kan imidlertid være å skille mellom konkurranseforbud som er et ledd i en markedsdeling, og lovlige konkurranseforbud. Problemstillingen er ikke ny i konkurranserettslig sammenheng - det er tvert i mot kanskje den eldste som finnes.

Avtalelovens § 38 fra 1918 illustrerer for så vidt dette. Amerikanske Sherman Act fra 1890, som bl.a. forbyr "agreements in restraints of trade" er kjent som den første Antitrust-loven (selv om den kanadiske kom året før). Engelsk common law hadde imidlertid beskjefteget seg med "restraints of trade" lenge før dette. Den første kjente saken vedrørende "restraints of trade" gjaldt således et konkurranseforbud (Dyer-saken fra 1414). Her hadde John Dyer brutt en avtale om å ikke "use his art of a dyer`s craft within the town ... for half a year". Forpliktelsen ble ansett ugyldig. I saken Mitchell v. Reynolds fra 1711 kom retten til motsatt resultat. Her leide saksøker et bakeri for en periode på fem år mot at utleier som også var baker, forpliktet seg til ikke å drive bakerivirksomhet i området i leieperioden. Dommeren (Lord Parker) skilte mellom "general restraints" (ugyldige) og "particular restraints" (gyldige). De såkalte "general restraints" var slike som var "of no benefit to either party, and only oppressive". De såkalte "particular" eller "partial restraints" (allerede på 1700-tallet også kalt "ancillary restraints") ble godtatt hvis de hadde et fornuftig formål og var begrenset i tid og rom. Skillet mellom gode og dårlige "restraints of trade" fra denne saken ledet til den såkalte "rule of reason", som finnes igjen i amerikansk konkurranserett den dag i dag. Prinsippene er imidlertid utviklet noe siden den gang, selv om mye av grunnlaget ble lagt tidlig etter at Sherman Act så dagens lys. I *Addyston Pipe & Steel* foreslo dommer Taft et per se forbud for det som er blitt kalt "naked restraints" - avtaler hvor partene ikke engasjerer seg i noen vesentlige transaksjoner utover å begrense konkurransen. (Taft var dommer i Sixth Circuit Court of Appeals, se *United States v. Addyston Pipe & Steel Co*, 85 Fed. 271 (1898). Anken avvist av Supreme Court i *Addyston Pipe & Steel Co v. US*, 175 U.S. 211 (1899).) Noen restriksjoner på rivaliseringen mellom konkurrenter var imidlertid akseptable - de såkalte "ancillary

restraints". For å være lovlig måtte en konkurranseregulering være underordnet og ha sammenheng med en separat, legitim transaksjon. Taft brukte konkurranseforbud tilknyttet et partnerskap som eksempel:

"...when two men became partners in a business, although their union might reduce competition, this effect was only an incident to the main purpose of a union of their capital, enterprise, and energy to carry on a successful business, and one useful to the community. Restrictions in the articles of partnership upon the business activity of the members, with a view of securing their entire effort in the common enterprise, were, of course, only ancillary to the main end of the union, and were to be encouraged."

Bork viser til at integrasjon av økonomiske aktiviteter, hvilket generelt er ønskelig av hensynet til produksjonseffektivitet, alltid vil innebære "the implicit elimination of actual or potential competition".

(Robert H. Bork: "The Antitrust Paradox - a policy at war with itself", side 28 (ny utgave 1993).) Således burde en tilskynde "ancillary restraints" som gjør slik integrasjon mer effektiv. Å skille mellom konkurransebegrensninger som uansett følger implisitt av økonomisk integrasjon mellom foretak, og eksplisitt uttalte (ancillary) begrensninger er meningsløst.

Merk at det ovenstående selvsagt relaterer seg til uttrykket "restraints of trade", ikke det snevrere uttrykket "market sharing" eller "market division". Konkurransetilsynets tidligere praksis vedrørende "markedsdeling" innebærer faktisk at dette uttrykket er blitt ansett like vidtrekkende som "restraints of trade".

Det er også i forarbeidene til den norske konkurranseloven mye som tyder på at det er de såkalte "rene karteller" en har tatt sikte på å ramme med lovens forbud. Forarbeidene anerkjenner at konkurransereguleringer kan ha både negative og positive virkninger. Etter lovens system tar forbudsbestemmelsene sikte på å ramme konkurransereguleringer som normalt i det vesentlige har skadelige virkninger, eller hvor de negative virkningene sjelden antas å kunne oppveies av positive. Med andre ord konkurransereguleringer hvor det foreligger en presumpsjon for en samfunnsøkonomisk skadelig nettovirkning. Konkurransereguleringer som kan ha skadelige virkninger, men hvor det ikke foreligger noen slik presumpsjon, kan det gripes inn mot etter en konkret vurdering under krrl. § 3-10.

Da forbudsbestemmelsene retter seg mot handlinger som etter sin art presumeres å ha skadelige virkninger, har en i § 3-9 åpnet for at det kan gis dispensasjoner dersom dette i enkelttilfeller ikke holder stikk. Dispensasjonsbestemmelsen kan også benyttes dersom rent retts tekniske hensyn tilsier at en type handlinger må anses omfattet av handlingskriteriet i forbudsbestemmelsene. Det vil imidlertid være best i tråd med lovens system og lovgivers intensjoner, om handlinger som ikke oppfyller presumpsjonen om skadelig virkning holdes utenfor forbudene.

At det er slik en har tenkt om lovens system følger særlig av kap. 12.3 (Hovedhensyn ved utformingen av bestemmelser om forbud og inngrep i utkastet til konkurranselov) i NOU 1991:27. På side 125 omtales for eksempel de to grupper av typetilfeller som loven burde forby:

"Et forbud innebærer normalt et sterkt signal om at en handling ikke er akseptabel. Et forbud i en konkurranselov bør derfor være solid forankret i økonomisk teori. I alminnelighet vil dette også være i

samsvar med mer allmenne oppfatninger om behovet for forbud. Det er ønskelig å få respekt for forbudene. Det vil derfor være naturlig å innføre forbud mot handlinger som vil ha store eller uopprettelige skadelige virkninger dersom de blir gjennomført. I slike tilfeller vil inngrep i ettertid heller ikke ha noen mening. Et typisk eksempel er konkurranseskadelig samarbeid mellom deltakerne i anbudskonkurranser.

Det er også naturlig å forby forhold som i alminnelighet antas å bli vurdert som skadelige, og som det derfor sjelden vil bli gitt dispensasjon for. Rent administrativt vil det vanligvis være enklere å behandle et fåtall dispensasjonssøknader fremfor å måtte gripe inn i en rekke enkelttilfeller. Et forbud mot skadelige handlinger gir også et viktig signal til markedet."

Det fremgår videre at utvalget la vekt på at det norske markedet var relativt oversiktlig, noe som utvalget mente at trolig ville gjøre det lettere for norske myndigheter å få kunnskap om "i alle fall vesentlige konkurranseregulerende arrangementer enn det vil være i større land". Utvalget uttalte deretter:

"Norske myndigheter vil derfor ha bedre muligheter til å ramme de viktigste arrangementer med inngrep. I utvalgets analyse av behovet for forbud og inngrep er det lagt vekt på slike forskjeller. Utvalget går bl.a. av denne grunn inn for mindre omfattende forbud enn i Roma-traktaten og amerikansk antitrustlovgivning".

Departementet endret utvalgets forslag til forbud på ett vesentlig punkt. Utvalget hadde bl.a. på bakgrunn av ovennevnte hensyn foreslått at forbudene skulle begrenses til samarbeid mellom aktører på "samme omsetningstrinn". Dette ble fjernet i departementet, hvor en i stedet tok inn uttrykket "egnet til å påvirke konkurransen". Endringen var imidlertid ikke ment å skulle utvide forbudenes anvendelsesområde reelt sett. Bakgrunnen var at departementet fant uttrykket "samme omsetningstrinn" uklart, og at det etter departementets oppfatning kunne medføre at en samarbeid mellom potensielle konkurrenter ikke ble rammet. (Ot.prp. nr. 41 (1992-93) s. 49.) Utvalgets begrunnelse mht snevre forbud var det ingen uenighet om.

En kan videre merke seg at forbudene var ment å skulle være mindre omfattende enn forbudene i EF-traktaten og Sherman Act. (Dersom konkurranseforbud i arbeidsforhold, på fast eiendom, osv. skulle være omfattet av § 3-3 blir resultatet det motsatte. Eksempelvis er konkurranseforbud pålagt selger ved bedriftserverv underlagt rule of reason i amerikansk rett (med mindre det foreligger et gjensidig etableringsforbud), se *Herbert Hovenkamp*: "Federal Antitrust Policy - The law of competition and its practice", West Publishing Co. 1994, side 214-216. På samme måte faller slike konkurranseforbud i utgangspunktet utenfor EØS art. 53, se sak 42/84, Remia mot Kommisjonen, Sml. 1985 s. 2545.) Samtidig brukes uttrykket "rene karteller" direkte flere steder i utvalgets drøftelse, se særlig NOU 1991:27 side 127-128. Forbudet i Sherman Act Section 1 rammer mer enn de rene karteller (naked cartels). Imidlertid er det i utgangspunktet bare de "rene karteller" som er *per se* forbudt. Andre konkurransereguleringer må undergis en mer konkret vurdering under den såkalte "rule of reason". Dersom en ser utvalgets drøftelse av forholdet mellom forbud og inngrep under krrl. i sammenheng, er det på bakgrunn av dette muligens grunnlag for å hevde at de norske forbudene langt på vei er ment å skulle ramme det som etter amerikansk rett er forbudt per se, mens konkurransereguleringer underlagt rule of reason etter norsk rett hører hjemme under krrl. § 3-10. (Amerikansk rettspraksis er følgelig

relevant ved tolkningen av konkurranselovens forbudsbestemmelser.)

At forbudsbestemmelsene i utgangspunktet bare er ment å skulle ramme såkalte "hard core cartels" er på mange måter kjernen i argumentasjonen for Konkurransetilsynets nyanserte forståelse av markedsdelingsforbudet: Når forbudene skal ramme de "rene karteller" innebærer det at markedsdelingsforbudet må ses på som et naturlig supplement til forbudet mot prissamarbeid. Begge deler innebærer at partene eliminerer rivaliseringen eller konkurransen seg i mellom på en eller annen måte, for derigjennom å kunne ta høyere pris enn pris under virksom konkurranse. I sin rendyrkede form karakteriseres begge deler av kun å ha konkurransebegrensende formål og virkning. (I visse situasjoner kan imidlertid (særlig) markedsdeling medføre effektivitetsgevinster og/eller virke konkurransefremmende, særlig hvis den skjer intrabrand (mellom varer av samme merke). Her kommer § 3-3 tredje ledd, samt § 3-9 inn.)

At markedsdeling kan være et nært substitutt til prissamarbeid ses enklest ved markedsdeling i form av kvotedeling og kvantumsbegrensninger. I stedet for å bli enige om pris kan partene for eksempel bli enige om å fryse eller redusere markedsandelene (kvantumsbegrensning) eller fordele kvoter. Samfunnsøkonomisk kan slike ordninger ha helt tilsvarende virkninger som prissamarbeid, og det ville derfor vært ufullstendig kun å ha hatt forbud mot prissamarbeid.

Når det gjelder konkurranseforbud knyttet til et samarbeid med et annet formål enn å begrense konkurransen (for eksempel i franchiseforhold, arbeidsforhold, i forbindelse med opprettelsen av et fellesforetak eller ved salg av bedrift) har Konkurransetilsynet så vidt vites *alltid* innvilget dispensasjon. Dette taler klart for å holde dette utenfor forbudet dersom det systematisk sett er mulig, jf. sitatet over hvor det fremgår at forbudene skulle omfatte tilfeller hvor det *sjelden* ville være aktuelt å gi dispensasjon.

Det er også grunn til å understreke at konkurranselovens forbud er straffesanksjonerte med en strafferamme på seks års fengsel. Konkurransereguleringer det normalt gis dispensasjon for uansett bør da holdes utenfor forbudene dersom det systematisk sett er mulig.

Begrepet "markedsdeling" omfatter etter en naturlig forståelse situasjoner hvor partene deler ett eller flere (relevante) markeder mellom seg. Gjennom delingen begrenses eller elimineres rivaliseringen mellom partene. Dette kan oppnås gjennom en områdedeling, en deling av kundemassen, en kvotefordeling, en spesialisering eller gjennom en kvantumsbegrensning. Det karakteristiske er altså at det skjer en begrensning eller eliminering av konkurransen mellom aktuelle eller potensielle konkurrenter. Som fremhevet ovenfor indikerer dessuten uttrykket "markedsdeling" at de ervervsdrivende delingen skjer i mellom, får en gjensidig skjerming mot konkurranse. Konkurransetilsynet viser for øvrig til det som er anført i avgjørelsene A98-5 og A98-10.

Det er imidlertid ikke tilstrekkelig å vurdere om ordningen medfører en gjensidig beskyttelse mot konkurranse. Problemet er noe mer sammensatt. Som det følger ovenfor består problemet, slik tilsynet ser det, i å fastlegge grensen mellom partnerskap/økonomisk integrasjon og den rene kartellvirksomhet, under tilbørlig hensyntagen til det språklige meningsinnhold i begrepet "markedsdeling". Den konkrete avveiningen må da i noen grad bero på en skjønnsmessig vurdering av om en har med en "naken"

konkurranseregulering å gjøre. Det må således foretas en slags "standardisert virkningsanalyse", som innebærer at en vektlegger den antatte konkurransebegrensende virkningen av den aktuelle typen konkurransebegrensning. I denne vurderingen vil det typisk ha betydning om det etableres en gjensidig beskyttelse mot konkurranse mellom partene, se ovenfor. Vurderingen må imidlertid være mer konkret enn dette - en vurdering av om det foreligger gjensidighet er således ikke tilstrekkelig. Det kan følgelig tenkes at det vil foreligge en "naken" konkurransebegrensning (som også er markedsdeling) selv i tilfeller der det ikke oppnås noen gjensidig beskyttelse mot konkurranse. Eksempelvis vil det muligens kunne være markedsdeling hvis en ervervsdrivende betaler en konkurrent for at han skal holde seg borte fra markedet, selv om konkurrenten ikke oppnår noen tilsvarende beskyttelse i "sitt" marked.

Oppsummeringsvis kan en si at for de fleste konkurranseforbuds vedkommende gjelder at de egentlig er unødvendige i den forstand at et slikt forbud uansett ville gjelde som følge av lojalitetsplikten i kontraktsforhold. Dette leder til at det i forhold til § 3-3 i alle fall ikke i seg selv kan ha betydning om konkurranseforbudet er uttalt eller ikke. Det avgjørende må være om samarbeidet som innebærer et konkurranseforbud leder til en markedsdeling mellom partene. Det må videre være klart at ethvert tilfelle hvor to eller flere ervervsdrivende samarbeider om å produsere og/eller selge noe ikke kan innebære forbudt markedsdeling.

Etter Konkurransetilsynets oppfatning følger det av dette at et konkurranseforbud i slike kontraktsforhold som nevnt innledningsvis, bare rent unntaksvis vil kunne innebære en ulovlig markedsdeling. Konkurransereguleringene vil videre ikke i seg selv utgjøre markedsdeling. For å avklare om det foreligger en avtale eller samordnet praksis om markedsdeling mellom partene, må en således se på de underliggende forhold. Etter tilsynets oppfatning vil dette gjelde så vel konkurranseforbud som gjelder mens samarbeidet består, som karensklausuler.

For ordens skyld nevner tilsynet at dette synes i overensstemmelse med kjennelsen i Eidsivating Lagmannsretts kjæremålssak nr. 96-00362 (Pelias). Pelias Norsk Skadedyrkontroll ANS (Pelias) driver skadedyrbekjempelse og hygienevirksomhet (hygieneartikler og hygienekontroll) og hadde i 1996 18/19 ansatte. I 1994 fikk selskapet økonomiske problemer som vedvarte et stykke inn i 1996. I den forbindelse startet 4 av de ansatte et nytt selskap - Østlandske Hygiene og Skadedyrkontroll (Østlandske). I arbeidsavtalen hadde de ansatte en klausul som påla taushetsplikt om bedriften og dens kunder og en plikt til ikke å starte i eller med konkurrerende virksomhet i to år etter en eventuell fratredelse. Pelias fremmet den 15. mars 1996 en begjæring om midlertidig forføyning etter tvangsfullbyrdelsesloven kapittel 15 for Vinger og Odal namsrett hvor det ble anført at klausulene i arbeidsavtalene var til hinder for at Østlandske kunne drive konkurrerende virksomhet i de områdene hvor Pelias drev sin virksomhet.

Namsretten tok begjæringen delvis til følge da den fant at Pelias hadde sannsynliggjort at det hadde et krav og at det forelå sikringsgrunn. Østlandske anførte for namsretten blant annet at arbeidsavtalene var ugyldige etter konkurranseloven § 5-1 fordi de var i strid med konkurranseloven § 3-3. Namsretten fant at dette ikke kunne være riktig da den la til grunn at de fires tilknytning til Pelias hadde et slikt preg av ansettelsesforhold at de etter rettens oppfatning ikke kunne betraktes som ervervsdrivende i konkurranseloven § 3-3s forstand. (Saken omhandlet også forholdet til markedsføringsloven § 1 og avtaleloven §§ 36 og 38 samt alminnelige avtalerettslige betraktninger.)

Lagmannsretten uttalte om forholdet til konkurranseloven § 3-3 på side 8 i kjennelsen:

"Lagmannsretten er enig med namsretten i at konkurranseloven § 3-3 ikke kommer til anvendelse på de spørsmål som reiser seg i saken her. Avtalene mellom Pelias og Øverstrøm/Hansen kan ikke sies å fastsette eller søke å påvirke til markedsdeling i form av områdedeling kundedeling, kvotefordeling, spesialisering eller kvantumsbegrensning."

Selv om uttalelsene om § 3-3 er knappe, fremgår det altså at retten la til grunn at slike konkurranseforbud ikke er markedsdeling. Det avgjørende i saken var om konkurranseforbudene var ugyldige etter avtaleloven § 38, hvilket lagmannsretten fant at de ikke var.

I det foreliggende tilfelle har vi å gjøre med et slags "felles salgskontor". En slik samordning av salgsaktiviteter innebærer utvilsomt et prissamarbeid i strid med krrl. § 3-1. Et salg-jv vil m.a.o. nesten alltid *i seg selv* innebære et ulovlig prissamarbeid. Det kan etter omstendighetene imidlertid også medføre effektivitetsgevinster og gjøre små aktører bedre rustet i konkurransen, hvilket er bakgrunnen for at tilsynet har gitt dispensasjon for lastebilsentraler av denne type.

Det kan hevdes at et salg-jv også *i seg selv* kan innebære markedsdeling, ved at partenes individuelle markedsandeler kan "fryses" gjennom samarbeidet. (Vi forutsetter da at JVet opererer på samme relevante marked som eierne.) Samarbeidet anses således å innebære en slags kvantumsbegrensning.

Tilsynet antar imidlertid at en ikke uten videre kan legge en slik betraktning til grunn. Partenes (individuelle) markedsandeler vil riktignok kunne tendere til å stabilisere seg i slike tilfeller, men dette er først og fremst et resultat av at konkurransen på pris elimineres. Det er videre ikke gitt at partene ikke har mulighet til å øke sine individuelle markedsandeler under et slikt samarbeid selv om det foreligger et konkurranseforbud. Dette avhenger bl.a. av hvordan oppdragsfordelingen fastlegges.

Ovenfor ble det henvist til at forarbeidene omtaler kundedeling som en situasjon hvor "deltakerne betjener hver sine sett av etterspørre og ikke konkurrerer om hverandres kunde grunnlag". I det foreliggende tilfellet kan en hevde at kundedelingen er total: Partene skal overhodet ikke konkurrere om hverandres kunde grunnlag. Sammen med prissamarbeidet sørger konkurranseforbudet for at enhver konkurranse mellom partene elimineres. Slik vil det regulært forholde seg i et salgssamarbeid mellom konkurrenter: Et konkurranseforbud (uttalt eller ikke) vil være en nødvendig forutsetning for å kunne opprettholde prissamarbeidet. Dersom partene står fritt til å konkurrere med fellesforetaket vil kartellet tendere til å bryte sammen. Problemet er om en skal se konkurranseforbudet som en markedsdeling som rammes av § 3-3, eller om en skal se det som et ledd i prissamarbeidet som rammes av § 3-1. I sistnevnte tilfellet antar en altså at konkurranseforbudet er rammet av § 3-1.

Etter Konkurransetilsynets oppfatning er spørsmålet tvilsomt. Tilsynet har imidlertid lagt hovedvekten på at konkurranseforbudet er en sidevirkning av prissamarbeidet. Etter tilsynets oppfatning vil slike konkurranseforbud derfor regulært ikke i seg selv kunne sies å være markedsdeling. (I utgangspunktet synes det forøvrig noe tvilsomt om ett og samme forhold kan innebære både prissamarbeid og markedsdeling. En annen sak er at ett og samme samarbeid kan innebære begge deler. Det er således ikke uvanlig at det i et kartell foreligger kombinasjoner av prissamarbeid og markedsdeling. Se fra

amerikansk rettspraksis for eksempel Addyston Pipe & Steel Co v. US, 175 U.S. 211 (1899), Timken Co v. US, 341 U.S. 593 og US v. Sealy Inc, 388 U.S. 350 (1967).) Konkurransetilsynet antar således at det i tilfeller hvor et salgs-jv foretar prisfastsettelsen, normalt ikke også vil kunne sies å foreligge markedsdeling.

I enkelte spesielle tilfeller kan det imidlertid antagelig foreligge en markedsdeling. Dette gjelder særlig hvis salgssamarbeidet ikke kan sies å innebære prissamarbeid. Vi kan for eksempel (teoretisk) tenke oss et salgs-jv hvor prisene skal fastsettes individuelt av eierselskapene, men hvor salgsordrene skal fordeles mellom partene etter en nærmere fastsatt nøkkel. Hvis denne er tilpasset partenes eksisterende markedsandeler, vil dette raskt minne om en kvantumsbegrensning. Et slikt salgs-jv kan også brukes som et instrument til andre typer markedsdeling, for eksempel en kundedeling. Slike forhold må imidlertid vurderes og begrunnes konkret. Konkurransetilsynet har ingen holdepunkter for at det forholder seg slik i denne saken.

Det andre spørsmålet saken reiser, er om selve fordelingen av oppdrag innebærer et markedsdelingssamarbeid i form av en kundedeling. På den ene siden innebærer samarbeid gjennom en transportsentral at fordelingen av oppdrag ikke lenger skjer ved alminnelige markedsmekanismer, og at den enkelte transportør ikke står fritt i konkurransen om kundene. På den annen side skjer det ingen inndeling av nærmere definerte kundegrupper i ulike "sett", jf. forarbeidenes forklaring av "kundedeling" (NOU 1991:27 s. 131), og det foreligger ingenting som tydet på at fordelingen av oppdrag ikke gikk etter rent objektive kriterier. Konkurransetilsynet finner det dermed ikke naturlig å karakterisere forholdet som "markedsdeling", da dette er noe som karakteriseres ved at deltakerne får økt markedsrett innenfor hvert sitt marked eller markedssegment. Det å overlate fordelingen av oppdrag til et fellesforetak er med andre ord ikke i seg selv "markedsdeling". Til dette kreves noe mer, ved at fordelingen skjer på en bestemt måte som reelt sett innebærer for eksempel en kundedeling eller områdedeling. Som nevnt over forutsetter tilsynet imidlertid at dette ikke er tilfelle.

På bakgrunn av ovenstående og med hjemmel i krrl. § 3-9 tredje ledd har Konkurransetilsynet fattet følgende vedtak:

**Vedtak av 29. januar 1998 om dispensasjon fra krrl. § 3-3 til Grenland Transport AS oppheves.
Vedtaket trer i kraft straks.**

Vedtaket kan i medhold av forvaltningsloven § 28 påklages innen tre uker. En eventuell klage stiles til Arbeids- og administrasjonsdepartementet, men sendes Konkurransetilsynet.

[til toppen](#)