



EBA

Postboks 5485 Majorstua
0305 OSLO

Deres ref.:

Vår ref.: 2004/1243
MA3-M6 INAR 530.0

Saksbeh.:

Dato: 03.02.2005

■ **Konkurranseloven § 9 annet ledd - veiledning - arbeidsfellesskap/prosjektsamarbeid**

Konkurransetilsynet viser til brev fra Entreprenørforeningen Bygg og Anlegg (EBA) av 4. november 2004 hvor det bes om en konkurransemessig vurdering av notatet "Konkurranselovgivningens forhold til arbeidsfellesskap/prosjektsamarbeid". I det følgende vil arbeidsfellesskap/prosjektsamarbeid for enkelhets skyld omtales som prosjektsamarbeid.

1 Begrunnelse for at veiledning gis

Konkurransetilsynet gir veiledning etter forvaltningsloven § 11 og konkurranse-loven § 9 annet ledd. Konkurransetilsynet har gitt nærmere retningslinjer for tilsynets veiledning om konkurranse-loven. Retningslinjene følger vedlagt.

I retningslinjene for Konkurransetilsynet veiledningsplikt punkt 3 a) heter det at Konkurransetilsynet kan gi skriftlig veiledning dersom "det vil være hensiktsmessig å avklare spørsmål som ikke tidligere er avklart i gjeldende rett". Dette vilkåret forstås slik at det verken skal foreligge norsk praksis, eller praksis fra EU som løser det aktuelle spørsmålet. I vurderingen av hensiktsmessighet vil Konkurransetilsynet legge særlig vekt på om behovet for veiledning kan knyttes til atferd som "gir uttrykk for vanlig praksis i markedet".

EBA er en bransjeforening for landets ledende entreprenører, og er tilsluttet Byggenæringens Landsforening (BNL) og Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO). EBA har som formål å arbeide for å fremme bygge- og anleggsnæringens interesser, herunder å sikre forutsigbare rammebetingelser for næringen. Når EBA skal utforme et veiledende notat til sine medlemmer, er veiledning overfor EBA derfor en hensiktsmessig måte å sikre at informasjon om konkurranse-loven når det enkelte foretak.

I notatet fra EBA fremgår det at prosjektsamarbeid er en hyppig brukt arbeidsform ved alle entrepriseformer i bygge- og anleggssektoren. I mange tilfeller vil en aktør alene ikke ha mulighet til å inngi anbud på et prosjekt uten å samarbeide med en annen aktør. Ifølge EBA gjelder dette særlig små og mellomstore aktører. Under konkurranse-loven av 1993 var det gjort unntak for

visse typer prosjektsamarbeid om enkeltstående prosjekter, og Konkurransetilsynet kunne på nærmere vilkår dispensere fra lovens forbud, jfr. konkurranseloven av 1993 §§ 3-5 og 3-9. Disse hjemlene er opphevet ved den nye konkurranseloven. Etter konkurranseloven av 2004 er spørsmålet om og eventuelt når § 10 om konkurransebegrensende avtaler mellom foretak kommer til anvendelse på slikt samarbeid.

Etter konkurranseloven har tilsynet ikke lenger adgang til å gi dispensasjoner slik det hadde etter konkurranseloven av 1993. Tilsynet kan således ikke gi bindende forhåndstilsagn om ulike typer praksis, eller frita foretakene fra ansvar. Det er opp til foretakene selv å vurdere lovligheten av egen praksis i det enkelte tilfelle. Det har således skjedd en materiell endring i rettstilstanden vedrørende en type samarbeid som er svært hyppig brukt i bygge- og anleggsbransjen. Således medfører overgangen til ny konkurranselov et særlig behov for veiledning overfor bygge- og anleggsbransjen når det gjelder skrankene for prosjektsamarbeid. I dette tilfellet anser Konkurransetilsynet dermed at vilkårene for skriftlig veiledning i retningslinjene punkt 3 er oppfylt. På denne bakgrunn vil tilsynet gi kommentarer til det forslaget EBA har fremsatt for retningslinjer for prosjektsamarbeid.

EBA ber om at tilsynet vurderer notatet generelt, og især hvorvidt det er en nødvendig forutsetning for lovlighet etter konkurranseloven at det er gitt forhåndsinformasjon om prosjektsamarbeidet til byggherren. Tilsynet veileder i konkurranseloven så langt det mener er nødvendig for å sikre fremme av konkurransen og at aktørene kan ivareta sine hensyn best mulig. Konkurransetilsynet har derimot ikke kapasitet til å utføre funksjoner som normalt kan søkes ved bistand fra profesjonelle rådgivere. Det er heller ikke et formål med veiledningsplikten. Tilsynet vil i sin veiledningsuttalelse søke å gi en generell oversikt over de aktuelle reglene, samt angi de momenter som vil ha betydning for den rettslige bedømmelsen av saksforholdet. EBA må imidlertid selv vurdere hvordan disse kommentarene skal innarbeides i EBAs forslag til retningslinjer vedrørende prosjektsamarbeid.

2 Forholdet til konkurranseloven og rettskildebildet

Kjernen i et prosjektsamarbeid er et horisontalt eller vertikalt samarbeid mellom foretak med det formål at foretakene kan levere felles anbud eller tilbud for felles levering av varer og tjenester. Selv om prosjektsamarbeid normalt vil bestå av et horisontalt samarbeid, presiseres det at konkurranselovens hjemmelsgrunnlag også kommer til anvendelse på vertikale samarbeid.

Konkurranseloven § 10 første ledd forbyr avtaler og samarbeid mellom uavhengige foretak og beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak, som har til formål eller virkning å begrense konkurransen. Etter konkurranseloven § 10 tredje ledd er det gjort unntak fra forbudet i første ledd dersom fire kumulative vilkår er oppfylt. Nedenfor under 3.1 og 3.2 vil vi redegjøre nærmere for innholdet av vilkårene i § 10 første og tredje ledd og for bestemmelsens anvendelse på prosjektsamarbeid.

For oversiktens skyld skal det nevnes at loven generelt fritar enkelte typer avtaler på nærmere vilkår (gruppefritak). Dette gjelder blant annet visse typer vertikale samarbeid, og enkelte former for produksjonssamarbeid¹. For samarbeid som faller inn under gruppefritakene, er det altså ikke nødvendig å gjøre en nærmere vurdering av vilkårene i § 10.

¹ FOR 2004-08-17nr 1196: Forskrift om anvendelsen av konkurranseloven § 10 tredje ledd på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden; FOR 2004-08-17 nr 1195: Forskrift om anvendelsen av konkurranseloven § 10 tredje ledd på grupper av spesialiseringsavtaler; lenker til disse og andre forskrifter finnes på tilsynets hjemmeside.

Dersom det dannes et anbudssamarbeid, som på varig basis ivaretar alle funksjonene til et uavhengig foretak, vil dette kunne anses som et fellesforetak i konkurranseloven § 17 annet ledds forstand. I så tilfelle skal samarbeidet vurderes etter reglene for foretakssammenslutninger i konkurranseloven kapittel 4, og ikke etter konkurranseloven § 10. Konkurransetilsynet ser ikke grunn til å redegjøre nærmere for hvordan et fellesforetak dannes. Det vises i stedet til Kommisjonens retningslinjer og praksis fra EF-domstolen.²

Bestemmelsen i konkurranseloven § 10 innebærer en harmonisering av norsk rett med det som følger av EØS-avtalen artikkel 53 og EF-traktaten artikkel 81. Dette innebærer at retts spørsmål etter loven kan være avklart i EU/EØS-retten. Både praksis fra EF-domstolen, Førsteinstansdomstolen, EFTA-domstolen og retningslinjer fra Kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan vil være relevante. Retningslinjene kan brukes som veiledning for vurdering av de norske bestemmelsene. Det presiseres at retningslinjene bare er veiledende og heller ikke nødvendigvis kan benyttes i hver enkelt sak. Imidlertid stiller retningslinjene opp rammer for anvendelsen av bestemmelsene, og er derfor et godt arbeidsverktøy. Følgende retningslinjer som det finnes lenker til fra Konkurransetilsynets hjemmeside, vil ha særlig betydning for vurderingen:

- Retningslinjer fra EFTAs overvåkningsorgan om anvendelsen av EØS-artikkel 53 på avtaler om horisontalt samarbeid (EF-tidende C 266, 31.10.2002, s. 1 og EØS-tillegget til EF-tidende nr. 55, 31.10.2002, s.1)
- Retningslinjer fra Kommisjonen om anvendelsen av EF-traktatens artikkel 81 tredje ledd (EF-tidende 2004/C101/08)
- Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan (ESA) om avgrensning av det relevante marked innen konkurranseretten i EØS (EF-tidende 1998 L 200, 16.07.1998, s.48 og EØS-tillegget til EF-tidende nr. 28, 16.07.1998, s.3)
- Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om avtaler av mindre betydning som ikke merkbart begrenser konkurransen i henhold til EØS-avtalens artikkel 53 nr. 1 – de minimis (EF-tidende C67, 20.03.2003 s. 20 og EØS-tillegget til EF-tidende nr. 15, 20.03.2003 s. 11)
- Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om vurdering av visse underleverandøravtaler på grunnlag av EØS-avtalens artikkel 53 nr. 1 (EF-tidende L153, 18.06.1994, s. 29 og EØS-tillegget til EF-tidende nr. 15, 18.06.1994, s. 28)

3 Anvendelsen av konkurranseloven § 10 på prosjektsamarbeid

3.1 Konkurranseloven § 10 første ledd

Som nevnt må det enkelte foretak selv vurdere lovligheten av egne avtaler etter konkurranseloven. Enhver avtale eller ethvert samarbeid må vurderes konkret opp mot lovens bestemmelser. Foruten juridiske overveielser kan vurderingen fordre en nærmere økonomisk analyse.

For å kunne foreta en vurdering etter konkurranseloven § 10 første ledd, må man kartlegge hvilke konkurrenter som faktisk er i stand til å begrense de berørte foretakenes markedsatferd og som faktisk er i stand til å hindre dem i å opptre uavhengig av et effektivt konkurranstrykk. Dette identifiseres gjennom fastlegging av det relevante markedet. For vurderingen av det relevante markedet kan ESAs kunngjøring om avgrensning av det relevante markedet (se ovenfor) gi veiledning.

² Kommisjonsmeddelelse om begrepet foretakssammenslutning (EF-tidende 1998/C 66/02); Kommisjonsmeddelelse om begrepet fellesforetak/full-function joint ventures (EF-tidende 1998/C 66/01).

Konkurranseloven § 10 første ledd oppstiller fire vilkår. For det første må det foreligge en avtale eller et samarbeid mellom uavhengige foretak. I tillegg til at det må foreligge en form for samarbeid følger av dette at det også må være tale om samarbeid mellom foretak. Vi skal her ikke redegjøre nærmere for foretaksbegrepet, men kun nevne at samarbeid mellom en enhet av foretak, for eksempel mellom i datterselskaper i samme konsern, ikke rammes av § 10. For det andre må samarbeidet ha konkurransebegrensende formål eller virkning. For det tredje må det innfortolkes et krav om at konkurransen må påvirkes merkbart.

Et samarbeid som går ut på å fastsette priser, begrense produksjon, dele opp markeder eller tildele kundegrupper, anses i seg selv å ha som formål å begrense konkurransen. Avtaler som har som formål å begrense konkurransen faller som utgangspunkt inn under § 10 første ledd uten en nærmere økonomisk analyse. Dette vil for eksempel gjelde avtaler om fordeling av anbud.

Samarbeid som ikke har konkurransebegrensende formål kan likevel ha konkurransebegrensende virkning, som medfører at samarbeidet faller inn under § 10 første ledd. Der det ikke foreligger konkurransebegrensende formål, er det derfor nødvendig å foreta en nærmere økonomisk analyse av markedet for å kartlegge effekten samarbeidet har i markedet. Utgangspunktet for den økonomiske analysen er en avgrensning av det relevante markedet både produktmessig og geografisk.³ Dermed beregnes partenes andel av det/de relevante markedet/ene, som danner utgangspunktet for den videre konkurranseøkonomiske analysen. De to mest sentrale parametrene i denne vurderingen er partenes samlede markedsandeler og konsentrasjonen i markedet for øvrig. § 10 oppstiller ikke et dominansvilkår slik som § 11. Det innebærer at et samarbeid mellom aktører som har en markedsandel på under 40 % kan omfattes av § 10. På den annen side kan samarbeid mellom foretak som har en markedsandel på over 40 % falle utenfor § 10. I vurderingen må det blant flere faktorer ses hen til hva slags samarbeid det er tale om og i hvilken grad dette kan virke konkurransebegrensende.⁴

I vurderingen av om et samarbeid har konkurransebegrensende virkning, er det som nevnt et vilkår i § 10 første ledd at konkurransen påvirkes merkbart. Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om avtaler av mindre betydning som ikke merkbart begrenser konkurransen (se henvisning ovenfor) sier noe om når avtaler ikke anses å påvirke konkurransen merkbart. Utgangspunktet for avtaler mellom konkurrerende foretak, er at konkurransen ikke påvirkes merkbart dersom den samlede markedsandel til partene i avtalen ikke overskrider 10 % på noen av de relevante markedene. For avtaler mellom ikke-konkurrerende foretak er utgangspunktet at konkurransen ikke påvirkes merkbart dersom markedsandelen til det enkelte involverte foretak ikke overskrider 15 % på noen av de berørte markedene. Det presiseres imidlertid at disse tersklene ikke er absolutte, og at avtaler mellom foretak som overskrider tersklene ikke alltid vil påvirke konkurransen merkbart. Merkbarehetskravet, slik som det fremgår av EFTAs kunngjøring som nevnt, gjelder imidlertid ikke samarbeid som i seg selv må anses å ha et konkurransebegrensende formål.

I praksis betyr kriteriene som er beskrevet ovenfor at prosjektsamarbeid mellom foretak som ikke er konkurrenter normalt ikke vil falle inn under § 10 første ledd. Horisontalt samarbeid mellom konkurrerende foretak er imidlertid normalt den mest skadelig formen for samarbeid. Dette skyldes at det horisontale samarbeidet fjerner en konkurrent fra markedet slik at konsentrasjonen i markedet økes. Det finnes imidlertid tilfeller hvor dette ikke er skadelig, slik at samarbeidet ikke faller inn under § 10 første ledd. Dette gjelder for det første dersom hvert av foretakene ikke har kapasitet til å utføre anbudet hver for seg. Videre vil samarbeid om en aktivitet som ikke gir

³ Se Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan (ESA) om avgrensning av det relevante marked innen konkurranseretten i EØS for nærmere detaljer (henvisning ovenfor)

⁴ Se Retningslinjer fra EFTAs overvåkningsorgan om anvendelsen av EØS-artikkel 53 på avtaler om horisontalt samarbeid for nærmere om vurderingen av avtalers konkurransebegrensende virkning (henvisning ovenfor)

mulighet til å koordinere konkurransemessig atferd i markedet normalt falle utenfor § 10 første ledd. Dette vil for eksempel være tilfelle der partene bare har en liten andel av sine totale kostnader felles, for eksempel ved at samarbeidet er begrenset til en innsatsvare som bare utgjør en liten del av det totale prosjektet.

EBA ønsker å få klarlagt hvorvidt det er en nødvendig forutsetning for lovlighet etter konkurranseloven at det er gitt forhåndsinformasjon om prosjektsamarbeidet til byggherren. Etter konkurranseloven av 1993 § 3-5 var partene pliktige å opplyse om innholdet av prosjektsamarbeidet sammen med inngivelse av anbudet for at unntaket i § 3-5 skulle komme til anvendelse. Tilsvarende hjemmel som § 3-5 eksisterer ikke i den nye konkurranseloven. Forhåndsopplysning til byggherren kan derfor ikke regnes som et absolutt krav etter konkurranseloven. Forhåndsopplysning til byggherren kan imidlertid regnes som god praksis også etter den nye konkurranseloven, da slik informasjon bidrar til å øke markedenes gjennomsiktighet og dermed normalt vil ha positiv innvirkning på vurderingen av konkurransebegrensningskriteriet.

Ved flere former for entreprise kan det være aktuelt med bruk av underleverandører. Forbudet mot konkurransebegrensende avtaler i konkurranseloven § 10 første ledd kan ikke omgås ved at aktører som i realiteten er konkurrenter brukes som underleverandør i et anbud. Ved anvendelsen av § 10 foretas en realitetsvurdering av samarbeidets art. Underleverandøravtaler mellom konkurrenter faller imidlertid ikke inn under § 10 første ledd dersom de er begrenset til enkeltstående kjøp og salg uten ytterligere forpliktelser og uten å utgjøre en del av et mer omfattende forretningsmessig forhold mellom partene (se EFTAs retningslinjer om horisontalt samarbeid kapittel 3, henvisning ovenfor).

3.2 § 10 tredje ledd

Dersom det konkluderes med at et samarbeid er ulovlig etter § 10 første ledd, må foretaket gå videre å foreta en vurdering av om unntaket etter § 10 tredje ledd kommer til anvendelse. Før dette bør man avklare om et av gruppefritakene kommer til anvendelse (se ovenfor under punkt 2). Dersom samarbeidet ikke omfattes av et av gruppefritakene, må det foretas en full vurdering av vilkårene i § 10 tredje ledd. Det følger av § 10 tredje ledd at bestemmelsen i første ledd ikke får anvendelse på avtaler som oppfyller fire nærmere beskrevne vilkår. Alle de fire vilkårene må være oppfylte for at bestemmelsen skal få anvendelse (kumulative vilkår).

For det første må samarbeidet bidra til å bedre produksjon, distribusjon eller bedre den tekniske eller økonomiske utviklingen. Disse effektivitetsgevinstene må være objektive, ha betydning for samfunnet som helhet og normalt være en direkte følge av det konkurransebegrensende samarbeidet. For eksempel vil et samarbeid som leder til utvikling av ny teknologi som foretakene ikke kunne utviklet alene være en slik effektivitetsgevinst. Fordeler som bare kommer avtalepartene til gode vil ikke være tilstrekkelig. Nærmere veiledning om effektivitetsgevinstene finnes i Kommisjonens retningslinje for artikkel 81 tredje ledd, punkt 3.2 (se henvisning ovenfor).

For det andre må forbrukerne sikres en rimelig andel av de fordelene som oppnås. Begrepet forbruker forstås her i vid forstand. Det er ikke bare forbrukere i tradisjonell betydning som omfattes, men kunder og konsumenter av en gitt vare eller tjeneste på ethvert ledd i omsetningskjeden. Vurderingstemaet er forbrukernes andel av effektivitetsgevinstene. Det er nødvendig at effektivitetsgevinstene minst oppveier en faktisk eller sannsynlig negativ innvirkning på forbrukernes stilling. For eksempel vil en effektivitetsgevinst som medfører lavere priser til forbrukerne kunne tilfredsstille dette vilkåret. Sterk konkurranse i markedet vil vanligvis sikre at kostnadsbesparelser kommer forbrukerne til gode i form av lavere priser. Nærmere veiledning om dette vilkåret finnes i Kommisjonens retningslinje for artikkel 81 tredje ledd, punkt 3.4 (se henvisning ovenfor).

For det tredje må konkurranserestriksjonen ikke gå lenger enn det som er nødvendig. Denne vurderingen er todelt, og krever at både nødvendigheten av det konkurransebegrensende samarbeidet som helhet og av den enkelte individuelle konkurransebegrensning må vurderes. Vurderingstemaet er om konkurransebegrensningene gjør det mulig å oppnå større effektivitetsgevinster enn det sannsynligvis hadde vært uten konkurransebegrensningene eller med mindre restriktive begrensninger. Det kreves imidlertid ikke at hypotetiske eller teoretiske alternativer vurderes. I tilfeller der samarbeidet har konkurransebegrensende formål skal det uansett svært mye til for at dette vilkåret er oppfylt. Nærmere veiledning om dette vilkåret finnes i Kommisjonens retningslinje for artikkel 81 tredje ledd, punkt 3.3 (se henvisning ovenfor)

For det fjerde må foretakene ikke oppnå en posisjon som gir dem mulighet til å utelukke konkurransen for en vesentlig del av de varer eller tjenester det gjelder. Under dette vilkåret må man både se hen til faktisk og potensiell konkurranse. Formålet med dette vilkåret er å verne om konkurranseprosessen som sådan, da det er lagt større vekt på å bevare konkurranse enn på effektivitetsgevinster. For eksempel skal det mye til for at en markedsleder som samarbeider med et mindre foretak tilfredsstiller dette vilkåret. Nærmere veiledning om dette vilkåret finnes i Kommisjonens retningslinje for artikkel 81 tredje ledd, punkt 3.5 (se henvisning ovenfor)

Kommisjonens retningslinjer og EF-domstolens praksis gir veiledning om hvordan vilkårene skal forstås ut over det som er nevnt over. Det anbefales derfor at EBA videreformidler betydningen av dette til sine medlemmer. Vurderingen av tredje ledd er konkret for hvert enkelt tilfelle. EBA bør av den grunn ikke på generelt grunnlag uttale at kostnadsbesparelser og andre stordriftsfordeler medfører at et samarbeid er tillatt, ettersom dette ikke nødvendigvis innebærer annet enn at ett av vilkårene i tredje ledd kan være oppfylt.

4 Utformingen av retningslinjer til EBAs medlemmer

Konkurransetilsynet anbefaler at retningslinjer til EBAs medlemmer utformes med tanke på å gi medlemmene en overordnet forståelse av konkurranselovens forbudsbestemmelse. Således vil det være hensiktsmessig for EBA å tydeligere gjengi vilkårene i konkurranseloven § 10, som de enkelte medlemmer må vurdere sine avtaler eller samarbeid opp mot. Det er som nevnt den enkelte bedrift som har ansvaret for å avgjøre om egne avtaler er i tråd med konkurranselovens forbudsbestemmelser. Retningslinjene fra EBA bør derfor endres noe slik at de tydeligere knytter vurderingene opp mot vilkårene i loven.

Det er mulig å gi visse konkrete eksempler, men EBA bør også endre retningslinjene slik at det tydelig fremgår at lovlighet etter § 10 beror på en konkret vurdering i det enkelte tilfelle. Konkurransetilsynet anbefaler derfor at EBAs retningslinjer utformes noe mindre bastant. For eksempel bør retningslinjene ikke inneholde en liste over tilfeller som er "lovlig eller ulovlig". Dette kan virke misvisende overfor EBAs medlemmer, og oversikten bør derfor heller endres slik at det tydelige fremgår at disse argumentene er del av en større helhetsvurdering. I denne helhetsvurderingen kan det være hensiktsmessig å henvide EBAs medlemmer til de retningslinjer som er vist til ovenfor, da disse kan være til hjelp for å vurdere den enkelte sak.

5 Avslutning

Konkurranselovens formål er å fremme konkurranse for "derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser", jfr. konkurranseloven § 1. Tilrettelegging for økt konkurranstrykk i bygge- og anleggsmarkedet er derfor positivt. Det er imidlertid viktig å presisere at en retningslinje ikke fritar foretakene for sitt selvstendige ansvar for å vurdere egne avtaler. Retningslinjen bør derfor utformes slik at den tilrettelegger for det enkeltes foretaks egen vurdering av sine avtaler. Man bør derfor i retningslinjen være forsiktig med å stille opp standardløsninger, med mindre det er klart under hvilke forutsetninger slike løsninger gjelder.

Konkurransetilsynet kan i dette tilfellet vanskelig gi en mer konkret veiledning med tanke på hvilke typer anbudssamarbeid som er tillatt. Bakgrunnen for dette er at særlige omstendigheter i enkeltsaker vil medføre ulikt utfall i vurderingen av konkurranselovens bestemmelser. Av denne grunn bør et foretak som ønsker en mer spesifikk vurdering av sin sak, foreta denne i lys av det aktuelle samarbeidet og øvrige relevante forhold i den enkelte saken – eventuelt med hjelp av ekstern bistand.

Vedlegg: Retningslinjer for Konkurransetilsynets veiledning om konkurranseloven