

Den norske tannlegeforening

Postboks 3063 Elisenberg
0207 Oslo

Deres ref.: LMB/LMB/2 Vår ref.: 2005/297 Saksbeh.: I
00500069- MAB-M6 INAR 553.2
1

Dato: 11. oktober 2005

■ **Konkurranseloven § 9 annet ledd – veiledning - konkurranselovens anvendelse på samarbeid mellom tannleger**

Konkurransetilsynet viser til brev fra Den Norske Tannlegeforening (NTF) av 15. februar 2005. NTF ber om veiledning om muligheten for bruk av karanteneklausuler i tannlegenes samarbeidskontrakter, samt muligheten etter konkurranseloven for å bruke likelydende prislister i kontorfellesskap mellom tannleger.¹

1. Begrunnelse for at veiledning gis

Konkurransetilsynet gir veiledning etter forvaltningsloven² § 11 og konkurranseloven § 9 annet ledd. Konkurransetilsynet har gitt nærmere retningslinjer for tilsynets veiledning om konkurranseloven. Retningslinjene følger vedlagt.

Konkurransetilsynet vil kunne gi skriftlig veiledning ut fra en vurdering av foretakets konkrete behov og sakens betydning for å fremme konkurransen i markedet. Tilsynet har funnet grunnlag for å avgi en slik uttalelse i denne saken.

NTF skal ifølge sine egne vedtekter og arbeidsprogram arbeide for medlemmenes faglige, økonomiske og sosiale interesser. Som ledd i dette arbeidet skal NTF representere tannlegestanden overfor offentlige myndigheter, samt gi kollektiv og individuell veiledning til medlemmene. Foreningen skal også arbeide til beste for odontologisk forskning og for oral helse i Norge.

NTF er således en blanding av et fagorgan og en bransjeforening for tannlegene. Uten å ta stilling til om og i hvilken grad NTF skal regnes som et foretak i konkurranselovens forstand, er denne organiseringen ikke til hinder for at Konkurransetilsynet kan gi NTF skriftlig veiledning om konkurranselovens anvendelsesområde. I møte med Konkurransetilsynet 2. februar 2005 ga NTF uttrykk for at de vil utforme retningslinjer for sine medlemmer basert på veiledning fra

¹ Lov 5.mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger.

² Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.

Konkurransetilsynet. Veiledning til NTF er derfor en gunstig måte å sikre at informasjon om konkurranseloven når frem til den enkelte privatpraktiserende tannlege.

Prissamarbeid i kontorfellesskap mellom tannleger er inntil 1. januar 2006 unntatt fra konkurranselovens forbudsbestemmelser ved forskrift.³ Karanteneklausuler var inntil 21. august 2000 unntatt fra konkurranseloven av 1993 § 3-3 ved forskrift.⁴ Denne forskriften ble opphevet fordi Konkurransetilsynet fant at den typen karanteneklausul forskriften omtalte ikke var i strid med lovens § 3-3. Konkurranseloven av 2004 innførte nye forbudsregler. Det er ikke gitt at vurderingen av karanteneklausuler er lik etter den nye konkurranseloven. Etter konkurranseloven av 2004 kan tilsynet videre 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 rettsstilstanden vedrørende en type samarbeid som er svært hyppig brukt i tannlegebransjen. Overgangen til ny konkurranselov medfører derfor et særlig behov for veiledning overfor tannlegene.

Tilsynet veileder i konkurranseloven så langt det er nødvendig for å sikre fremme av konkurransen, og at aktørene kan ivareta sine interesser best mulig. Konkurransetilsynet har derimot ikke kapasitet, og det er heller ikke et formål med veiledningsplikten, at tilsynet skal utføre funksjoner som normalt kan søkes ved bistand fra profesjonelle rådgivere. Tilsynet vil i denne veiledningsuttalelse søke å gi en generell oversikt over de aktuelle reglene, samt angi momenter som vil ha betydning for den rettslige bedømmelsen av det konkrete saksforholdet.

2. Konkurranselovens anvendelsesområde

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. Bestemmelsen kommer til anvendelse på tjenester like fullt som varer. Avtaler som medfører slike effektivitetsgevinster at de fyller de fire kumulative vilkårene i § 10 tredje ledd faller imidlertid inn under unntaksbestemmelsen, og rammes dermed likevel ikke av forbudet.

Med konkurranseloven av 2004 har lovgiver søkt å harmonisere de norske konkurransereglene med EU/EØS-reglene. Konkurranseloven § 10 er derfor utformet etter mønster av EØS-avtalen artikkel 53 og EF-traktaten artikkel 81. I forarbeidene er det uttalt at praksis fra EF-domstolen, EFTA-domstolen, Europakommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan vil være tungtveiende tolkningsmomenter for fastsettelsen av rekkevidden av § 10.⁵ Dette omfatter både rettspraksis, retningslinjer og annen praksis fra de nevnte organene.

Det presiseres at retningslinjer fra Kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan 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. oktober 2002, s. 1 og EØS-tillegget til EF-tidende nr. 55, 31. oktober 2002, s.1)

³ Forskrift 1996-08-14 nr. 805 om unntak fra konkurranseloven § 3-1 første ledd for samarbeid om priser i privatpraktiserendes tannlegers kontorfellesskap.

⁴ Forskrift fastsatt av Konkurransetilsynet 14. august 1996 om unntak fra konkurranseloven § 3-3 for samarbeid om og påvirkning til markedsdeling mellom privatpraktiserende tannleger med hjemmel i konkurranseloven § 3-9.

⁵ Ot.prp. nr. 6 (2003/2004) s. 68 og s. 224; Innst.O. Nr 50 (2003-2004) pkt 2.3.

- Retningslinjer fra Kommissjonen om anvendelsen av EF-traktatens artikkel 81 tredje ledd (EF-tidende 2004/C101/08). Se også upublisert versjon av retningslinjer for EØS-artikkel 53 tredje ledd på hjemmesidene til EFTAs overvåkningsorgan; www.eftasurv.int
- Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om avgrensning av det relevante marked innen konkurranseretten i EØS (EF-tidende 1998 L 200, 16. juli 1998, s.48 og EØS-tillegget til EF-tidende nr. 28, 16. juli 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 C 67, 20. mars 2003, s. 20 og EØS-tillegget til EF-tidende nr. 15, 20. mars 2003, s. 11) – ”bagatellkunngjøringen”

3. Anvendelsen av konkurranseloven § 10 på samarbeid mellom privatpraktiserende tannleger

3.1. Konkurranseloven § 10 første ledd

Som nevnt må det enkelte foretak selv vurdere lovligheten av egne avtaler etter konkurranseloven. Enhver avtale eller samarbeid må vurderes konkret opp mot lovens bestemmelser. Foruten juridiske overveielser kan vurderingen forde 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 er i stand til å hindre dem i å opptre uavhengig av et effektivt konkurransetrykk. Dette identifiseres gjennom fastlegging av det relevante markedet. For vurderingen av det relevante markedet kan det hentes veiledning fra kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om avgrensning av det relevante markedet (se ovenfor). Utgangspunktet for denne typen tjenester er at markedet defineres lokalt.

Konkurranseloven § 10 første ledd oppstiller fire kumulative vilkår. For det første må det foreligge en avtale eller et samarbeid. Avtalen eller samarbeide må for det andre være inngått mellom uavhengige foretak. For det tredje må samarbeidet ha konkurransebegrensende virkning eller formål, og for det fjerde må det innfortolkes et krav om at konkurransen må påvirkes merkbart. I det følgende beskrives enkelte særtrekk ved disse vilkårene nærmere.

Foretaksbegrepet er definert i konkurranseloven § 2, hvor det heter at ”med foretak menes i denne loven enhver enhet som utøver private eller offentlig ervervsvirksomhet”. En privatpraktiserende tannlege som tilbyr tannlegetjenester mot betaling vil som hovedregel regnes for å være et foretak i lovens forstand. Et annet spørsmål er hvorvidt flere privatpraktiserende tannleger som jobber sammen i fellesskap, skal regnes som ett eller flere foretak i lovens forstand. Dette vil bero på en konkret vurdering av samarbeidets rettslige organisering. Fra praksis i EU kan det hentes veiledning fra læren om én økonomisk enhet. Etter denne praksisen er det av avgjørende betydning om den enkelte enhet har autonomi til å bestemme over egne handlinger i markedet, eller om handlingene kontrolleres av et overordnet selskap.⁶

I vurderingen av konkurransebegrensningskriteriet må det sondres etter hvor alvorlig konkurransebegrensning samarbeidet medfører. 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 normalt inn under § 10 første ledd uten en nærmere økonomisk analyse.

⁶ Sak 22/71 Beguelin Import, sak T-102/92 VIHO; sak 30/87 Corinne Bodson.

Samarbeid som ikke har konkurransebegrensende formål kan likevel ha konkurransebegrensende virkninger 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 hvilken effekt samarbeidet har i markedet. Utgangspunktet for den økonomiske analysen er en definisjon av det relevante markedet. Det relevante markedet har både en produktmessig og en geografisk side.⁷ Derneft beregnes partenes andel av de(t) relevante markedene(t) som danner utgangspunktet for den videre konkurranseøkonomiske analysen. De to mest sentrale parametrene i denne analysen er partenes samlede markedsandel og konsentrasjonen i markedet for øvrig. Man må således både vurdere hvorvidt konkurransen begrenses mellom partene som en følge av samarbeidet, og hvorvidt dette begrenser konkurransen i markedet ellers. For nærmere detaljer om hvilke momenter som må vektlegges vises til rettspraksis fra EU, og til retningslinjen for horisontale avtaler (se ovenfor).

I vurderingen av om et samarbeid faller inn under § 10 første ledd, er det som nevnt et vilkår at konkurransen påvirkes merkbart. Om konkurransen påvirkes merkbar beror på en konkret vurdering av det enkelte samarbeids konkurransemessige konsekvenser. Utgangspunktet for vurderingen er partenes markedsandeler. Bagatellkunjgjøringen fra EFTAs overvåkningsorgan (se ovenfor) gir veiledning om når et samarbeid antas å ikke påvirke konkurransen merkbart. For avtaler mellom konkurrerende foretak er utgangspunktet at konkurransen ikke påvirkes merkbart dersom den samlede markedsandel til partene i avtalen ikke overskrider 10 prosent 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 prosent på noen av de berørte markedene. Disse tersklene er ikke absolutte. Det presiseres videre at kunjgjøringen ikke kommer til anvendelse på alvorlige konkurransebegrensninger. Også samarbeid som innebærer alvorlige konkurransebegrensninger vil etter omstendighetene kunne falle utenfor forbudet i § 10 første ledd, likevel slik at merkbarhetskravet tolkes strengere enn ved samarbeid som kun kan ha konkurransebegrensende virkninger.

3.1.1. Karanteneklausuler

Blant privatpraktiserende tannleger er det vanlig at en praksisinnhavende tannlege leier ut plass til en tannlege uten egen praksis. I slike leieforhold er karanteneklausuler hyppig brukt. Med begrepet karanteneklausul forstås i denne veiledningen en samarbeidsavtale mellom privatpraktiserende tannleger som knytter begrensninger til leietakende tannleges rett til å drive pasientbehandling i samme kommune eller annet mindre avgrenset geografisk område som praksisinnhavende tannlege i inntil to år etter samarbeidsavtalens utløp. Det er i det følgende antatt at karanteneklausuler i denne typen avtaler ikke faller inn under unntaket i konkurranseloven § 3 første ledd.⁸

Inntil 21. august 2000 gjaldt et unntak for karanteneklausuler i samarbeidsavtaler mellom tannleger fastsatt ved forskrift. Formålet med forskriften var å bidra til å øke antallet tannleger med egen praksis, og dermed over tid bidra til å stimulere konkurransen i markedet. Denne forskriften ble opphevet fordi konkurransetilsynet fant at den typen karanteneklausuler tannlegene benyttet ikke var i strid med konkurranseloven av 1993 § 3-3. Vurderingen denne typen klausuler er ikke nødvendigvis lik etter konkurranseloven av 2004

Etter konkurranseloven av 2004 må lovligheten av den enkelte samarbeidsavtale vurderes konkret etter konkurranseloven § 10. Ovenfor er det gitt en oversikt over vilkårene i § 10 første ledd. Samtlige vilkår må alltid vurderes for å ta stilling til om det foreligger et brudd på bestemmelsen.

⁷ Se Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan (ESA) om avgrensning av det relevante marked innen konkurranseretten i EØS for nærmere detaljer (henvisning ovenfor).

⁸ Jf. ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 34-35 og s. 221.

Under dette punktet følger en generell gjennomgang av særlige forhold knyttet til karanteneklausuler.

Det å ha en fast kundekrets utgjør en stor verdi for tannlegene. I følge tannlegebransjens egne undersøkelser er anbefaling fra venner og familie vel så viktig som aktiv annonsering, og det tar lang tid å bygge opp en fast kundekrets. I tillegg kreves store investeringer i utstyr for å åpne egen praksis. Disse forholdene innebærer at det er høye etableringshindre for å åpne egen tannlegepraksis. Etableringshindrene innebærer at det er vanskelig for nyutdannede eller uetablerte tannleger å komme inn på markedet.

Som en følge av høye etableringshindre er det vanlig at tannleger med egen praksis leier ut kontorplass til andre tannleger som ikke er etablert med egen praksis. Slike avtaler åpner for at uetablerte tannleger kommer inn på markedet for tannlegetjenester, og er derfor ønskelige for å stimulere til konkurranse i markedet over tid. En samarbeidsavtale av denne typen innebærer imidlertid at den tannlegen som leier ut praksisplass åpner sin kundeliste for den tannlegen som leier seg inn i praksisen. Således vil tannlegen som leier ut plass ønske å beskytte seg mot at tannlegen som leier plass overtar hele eller deler av kundelisten når samarbeidsavtalen opphører. Av denne grunn benyttes såkalte karanteneklausuler hyppig i samarbeidsavtalene mellom tannleger.

Karanteneklausuler innebærer en deling av markedet mellom aktører, og faller derfor som utgangspunkt inn under konkurranseloven § 10 første ledd som en alvorlig konkurransebegrensning. Imidlertid finnes etter praksis fra EF-retten en snever mulighet for at en individuell konkurransebegrensning av denne typen likevel kan være tillatt, fordi den er en nødvendig forutsetning for at avtalen som sådan skal komme i stand. Denne læren omtales som læren om tilknyttede begrensninger. Forutsetningen for at læren om tilknyttede begrensninger skal komme til anvendelse er at avtalen ut over den individuelle konkurransebegrensningen er i overensstemmelse med § 10 første ledd.⁹

De tilknyttede begrensningene kjennetegnes ved at de er nødvendige fordi partene uten den tilknyttede begrensningen kunne foreta disposisjoner som ville medføre at avtalen som sådan ble forretningsmessig irrasjonell. Avtalen ville dermed ikke kunne komme i stand uten konkurransebegrensningen. Vurderingen av tilknyttede begrensninger er basert på objektive kriterier. Partenes subjektive oppfatning av hva som er nødvendig for at avtalen skal kunne inngås er dermed ikke relevant for vurderingen. Avveininger mellom positive og negative virkninger på konkurransen er heller ikke relevant under læren om tilknyttede begrensninger, men hører hjemme i en vurdering av om unntaket i § 10 tredje ledd kommer til anvendelse.¹⁰

Analysen av tilknyttede begrensninger er todelt. Det er et krav at den tilknyttede begrensningen må være direkte knyttet til og objektivt nødvendig for gjennomføringen av avtalen. En tannlege som leier ut plass til en annen vil ønske å beskytte seg mot at tannlegen som leier tar med seg kunder når denne slutter. En karanteneklausul kan dermed være en nødvendig forutsetning for at leieavtalen skal komme i stand i det hele tatt. Karanteneklausulen må imidlertid også stå i et rimelig forhold til det beskyttelsesverdige godet. Det foreligger altså et krav om proporsjonalitet. Prinsippet om proporsjonalitet innebærer at den tilknyttede begrensningen er proporsjonal til det beskyttelsesverdige godet i tid, geografisk omfang og art.¹¹

Tillatt varighet vil kunne bero på den tilknyttede begrensningens art. For konkurranseklausuler, herunder karanteneklausuler, synes praksis fra EF-retten å ligge på 2 til 3 år.

⁹ Sak T-112/99 *Metropole*; sak 42/84 *Remia*; sak C-399/93 *Luttikhuis*; sak IV/32.009-*Elopak/Metal Box-Odin* (OJ 1990/L209/15)

¹⁰ Kommisjonens retningslinje for anvendelsen av artikkel 81 (3), punkt 18 og punkt 28 flg.

¹¹ Sak T-112/99 *Metropole*, premiss 104 flg.

Når det gjelder omfang og art må det vurderes konkret i hvilken grad tannlegen som leier ut praksisplass til en annen tannlege har behov for å verne om sin kundemasse. For eksempel vil som hovedregel kun det nærmeste omkringliggende geografiske området ha en beskyttelsesverdig interesse. Er en tannlege for eksempel lokalisert i Oslo, vil en neppe kunne utforme karanteneklausulen slik at den omfatter hele Oslo kommune. Læren om tilknyttede begrensninger vil således i mange tilfeller gi snevrere adgang til å ha karanteneklausuler, enn det som fulgte av den tidligere rettstilstanden.

I de tilfellene der læren om tilknyttede begrensninger ikke kommer til anvendelse vil samarbeidsavtalen normalt være i strid med § 10 første ledd. I slike tilfeller kan en likevel vurdere om unntaket i § 10 tredje ledd kommer til avendelse. Konkurransetilsynet vil nedenfor under punkt 3.2 gi en oversikt over vilkårene i § 10 tredje ledd.

3.1.2. Prissamarbeid

Forskrift av 26. januar 1996 nr. 122 om prisopplysning ved tannlegetjenester m.m. medførte at det ble pliktig for tannleger å opplyse om priser for ytelser som tannlegen utfører i sin praksis. Konkurransetilsynet fastsatte i forskrift av 14. august 1996 nr. 805 et unntak fra konkurranseloven § 3-1 første ledd for samarbeid om priser i privatpraktiserende tannlegers kontorfellesskap. Privatpraktiserende tannleger har dermed frem til 1. januar 2006 et gruppefritak som tillater at tannleger innenfor et kontorfellesskap kan samarbeide om priser for tannlegebehandling. Et kontorfellesskap anses å foreligge når to eller flere privatpraktiserende tannleger deler venteværelse og fellestjenester.

Konkurransetilsynet har etter konkurranseloven av 2004 ikke anledning til å gi ny dispensasjon. Lovligheten av den enkelte samarbeidsavtale må derfor vurderes konkret etter konkurranseloven § 10. Ovenfor er det gitt en oversikt over vilkårene i § 10 første ledd. Samtlige vilkår må alltid vurderes for å ta stilling til om det foreligger et brudd på § 10 første ledd. Nedenfor følger en gjennomgang av særlige forhold knyttet til prissamarbeid i kontorfellesskap.

Som nevnt anses samarbeid som går ut på å fastsette priser i seg selv å ha som formål å begrense konkurransen, og faller normalt inn under § 10 første ledd uten en nærmere økonomisk analyse.

Tannlegeforeningen reiste i møte med Konkurransetilsynet av 2. februar 2005 spørsmål om tannlegefellesskap normalt vil være så små i sitt relevante marked, at de faller utenfor § 10 fordi de ikke har en merkbar påvirkning på konkurransen. Bagatellkunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan (se ovenfor), gjelder imidlertid ikke visse nærmere bestemte alvorlige typer konkurransebegrensninger. Prissamarbeid faller inn i denne kategorien, jf. retningslinjen punkt 11. Det er imidlertid antatt i rettspraksis at også avtaler som har konkurransebegrensende formål kan falle utenfor forbudet i § 10 første ledd fordi de ikke merkbart begrenser konkurransen, likevel slik at jo grovere konkurransebegrensningen er, jo lavere markedsandel skal til før § 10 første ledd kommer til anvendelse. Dersom markedet avgrenses til å være lokalt er det mulig at enkelte samarbeid i de større byene vil falle utenfor konkurranseloven på dette grunnlaget. Imidlertid er det trolig at tannlegefellesskapets markedsandel i de fleste tilfeller vil bli så høy at samarbeidet rammes av § 10 første ledd.

I tilfellene der samarbeidet består i et konkurransebegrensende prissamarbeid, og avtalen således er ulovlig etter § 10 første ledd, kan man likevel vurdere om unntaket i § 10 tredje ledd kommer til avendelse. Det skal imidlertid svært mye til for at prissamarbeid faller inn under unntaket i tredje ledd.

3.2. Konkurranseloven § 10 tredje ledd

Dersom det konkluderes med at et samarbeid er ulovlig etter § 10 første ledd, kan det likevel være lovlig dersom en etter en nærmere vurdering finner at unntaket etter § 10 tredje ledd kommer til anvendelse. Det følger av § 10 tredje ledd at bestemmelsen i første ledd ikke får anvendelse på avtaler som oppfyller fire nærmere beskrevne vilkår. Alle fire vilkårene må være oppfylt 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 kan stordriftsfordeler som den enkelte tannlege ikke kan oppnå uten kontorfellesskap med andre, være en slik effektivitetsgevinst. Fordeler som bare kommer avtalepartene til gode vil ikke være tilstrekkelige. Nærmere veiledning om effektivitetsgevinstene finnes i Kommisjonens retningslinje for artikkel 81 tredje ledd, punkt 3.2

For det andre må forbrukerne sikres en rimelig andel av de fordelene som oppnås. 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 tilfresstille dette vilkåret. Dersom tannlegene som følge av samarbeidet oppnår markedsrett må det imidlertid dokumenteres særlig godt at effektivitetsgevinster kommer forbrukerne til gode i form av lavere priser. Nærmere veiledning om dette vilkåret finnes i Kommisjonens retningslinjer for artikkel 81 tredje ledd punkt 3.4.

For det tredje må restriksjonen ikke gå lenger enn det som er nødvendig. Denne vurderingen er todelt, og krever en gjennomgang av nødvendigheten av det konkurransebegrensende samarbeidet som helhet, samt av den enkelte individuelle konkurransebegrensning. Vurderingstemaet er om konkurransebegrensningen gjør det mulig å oppnå større effektivitetsgevinster enn det sannsynligvis hadde vært uten begrensningene 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. Dette innebærer at prissamarbeid mellom tannleger neppe vil falle inn under denne unntaksbestemmelsen. Konkurransetilsynet kan for eksempel ikke se at prissamarbeid er nødvendig for at tannlegene skal kunne etterleve prisopplysningsforskriften. Nærmere veiledning om dette vilkåret finnes i Kommisjonens retningslinje for artikkel 81 tredje ledd, punkt 3.3

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 som 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. Derfor er det lagt større vekt på å bevare konkurranse enn på effektivitetsgevinster. Dette kan for eksempel bety at tannleger som samarbeider på mindre steder, og som blir den ledende aktøren i sitt relevante marked, kan ha problemer med å tilfredsstille dette vilkåret. Nærmere veiledning om dette vilkåret finnes i Kommisjonens retningslinje for artikkel 81 tredje ledd, punkt 3.5

EFTAs og Kommisjonens retningslinjer, samt EF-domstolens praksis gir veiledning om hvordan vilkårene i tredje ledd skal forstås ut over det som er nevnt over. Det er videre viktig å ta hensyn til at vurderingen av § 10 tredje ledd er konkret for hvert tilfelle.

4. Avslutning

NTF har gitt uttrykk for at organisasjonen ønsker å utarbeide retningslinjer for samarbeid mellom sine medlemmer. Det er 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 foretakenes egen vurdering av avtalene.

Konkurransetilsynet anbefaler derfor at retningslinjen til NTFs medlemmer utformes med tanke på å gi medlemmene en overordnet forståelse av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Således vil det være hensiktsmessig for NTF å tydelig gjengi vilkårene i konkurranseloven § 10, som de enkelte medlemmer må vurdere sine avtaler og samarbeid opp mot. I utformingen av eksempler bør det eksplisitt fremgå at retningslinjen ikke gir standard svar.

Særlige omstendigheter i enkeltsaker vil kunne medføre ulikt resultat i vurderingen av konkurranselovens bestemmelser som en veiledning ikke kan hensynte. Av denne grunn bør tannleger 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.

Vedlegg:

Retningslinjer for Konkurransetilsynets veiledning om konkurranseloven.