

Konkurranseregulerende avtaler i arbeidsmarkedet

Julie Andrea Nesse
Senior Legal Officer



Oversikt

1. Definisjoner og avgrensning av tematikk
2. Bakgrunn
3. Kort om EU-Kommisjonens policy brief og dets rettskildemessige vekt
4. Økonomisk teori og skadehypotese
5. Formål eller virkning?
6. Ancillary restraints
7. Effektivitetsgevinster
8. Oppsummering og hva som ikke nevnes i EU-Kommisjonens policy brief
9. Utvalg av relevante kilder

3. Definisjoner og avgrensning av tematikk

Wage-fixing

- In wage-fixing agreements, employers agree to fix wages or other types of compensation or benefits.

No-poach

- In no-poach agreements employers agree not to “steal” employees from each other.
- There are various types of no-poach agreements. In “no-hire” agreements, employers agree not to hire actively or passively employees of other parties to the agreement. In “non-solicit” (also called “no-cold-calling”) agreements, employers only agree not to actively approach another employer’s employees with a job opportunity.

Non-compete

- Employee obligations not to switch to competitors.

2. Bakgrunn

USA tidlig ute

- Daterer seg tilbake til 2010, da det første no-poach søksmålet ble tatt ut.
- Gjelder ikke bare tech. Har blant annet vært fokus på franchisetakere (f.eks Mc Donalds).
- Er det noen grunnleggende forskjeller som gjør USA spesielt?

REPORT

Steve Jobs personally asked Eric Schmidt to stop poaching employees, and other unredacted statements in a Silicon Valley scandal

/ Last week, we got our first glimpse at the (heavily redacted) evidence behind a Silicon Valley scandal dating back to 2005 – Apple, Google, Adobe, Intel, Intuit and other tech firms, it was revealed, had agreements not to poach one another's employees. Today, an unredacted court document reveals just how deep the proverbial rabbit hole goes... and how it personally involved Steve Jobs, Eric Schmidt and other prominent executives.

Nasjonal praksis i EU/EFTA og Storbritannia



Vedtak og prioriteringer nasjonalt

- Nasjonale vedtak fra Spania, Frankrike, Portugal, Litauen, Romania, Polen, Hellas og Storbritannia.
- Hovedvekt av wage-fixing og no-poach avtaler som selvstendig overtredelse, men også eksempler på no-poach i kombinasjon med prisfiksing.
- Bredt spekter av ulike bransjer berørt av vedtakene.
- Belgiske konkurransemyndigheter har varslet at denne type avtaler vil prioriteres i fremtiden.
- CMA har varslet at det vil komme flere saker.
- Foreløpig sparsommelig med praksis fra nasjonale domstoler.



Rapporter og veiledning

- OECD rapport publisert i 2020
- Portugisiske konkurransemyndigheters rapport publisert (2021)
- CMA veiledning publisert i 2023
- CMA rapport publisert i 2024
- Nordisk rapport publisert i 2024

EU-Kommisjonen

- Ikke et prioritert område for Kommisjonen i tidligere praksis inntil helt nylig.
- Vestager sendte imidlertid et sterkt signal i en tale med tittelen “A New Era of Cartel Enforcement” i 2021 der hun uttalte at blant annet no-poaching “*keep wages down, restricting talent from moving where it serves the economy best.*” og DG for Competition Olivier Guersent uttalte i 2022 at is håndheving i arbeidsmarkedet er “*something we should think about.*”
- Revised Horizontal Guidelines fra 2023 omtaler wage-fixing som buyer cartels i avsnitt 279.
- Guidelines on the application of Union competition law to collective agreements regarding the working conditions of solo self-employed persons fra 2022 avsnitt 17, eksempel 2 omtaler både non-poach og wage-fixing som formålsovertredelser.
- November 2023: Ny bevissikring i en eksisterende sak i markedet for online food delivery. Saken gjelder no-poach avtaler.
- Policy brief med tittelen Antitrust in Labour Markets publisert i mai 2024.

European Commission - Press release

Antitrust: Commission carries out unannounced inspections in the online food delivery sector

Brussels, 21 November 2023

The European Commission is carrying out unannounced inspections at the premises of companies active in the online ordering and delivery of food, groceries and other consumer goods in two Member States.

The Commission has concerns that the companies concerned may have violated EU antitrust rules that prohibit cartels and restrictive business practices (Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union).

Today's inspections are conducted in the context of an investigation for which the Commission carried out inspections in 2022. The Commission officials were accompanied by their counterparts from the relevant national competition authorities.

The scope of the investigation, initially including alleged market allocations, has now been extended to cover additional conduct in the form of alleged no-poach agreements and exchanges of commercially sensitive information.

3. Kort om EU-Kommisjonens policy brief og dets rettskildemessige vekt

Competition policy brief: “Antitrust in Labour Markets”

- En artikkel som utgis av ansatte i Kommisjonen som ikke nødvendigvis reflekterer den offisielle posisjonen til Kommisjonen.
- Ikke av rettskildemessig vekt, men sender gjerne et tydelig signal om hvordan Kommisjonen vil forholde seg til det berørte temaet.
- Utgis noen få ganger i året og er denne gangen skrevet av ansatte i kartell-uniten samt en økonom fra sjeføkonomteamet.



4. Økonomisk teori og skadehypotese

- Wage-fixing
 - Monopsony (input marked med en kjøper, speilbildet av monopol): Lønninger settes likt til monopsoni lønnsnivået via en reduskjon i etterspørsel av arbeidskraft. Sideeffekt kan være redusert output som produseres og økte priser (Naidu og Posner)
 - I konsentrerte markeder har denne monopsoni lønnsfastsettelsen blitt funnet å medføre lavere lønnsnivå både i USA og EU.
- No-poach
 - Lignende virkninger. Vil sannsynlig redusere arbeidsmarkedsdynamikken og gi negative virkninger på arbeidstakers kompensasjon (tilbyr ikke lenger høyere lønninger for å tiltrekke seg arbeidstakere), selskapets produktivitet og innovasjon.
 - Typisk er disse avtalene skjult for arbeidstaker og øker dermed arbeidstakers søkekostnader og incentiv til å investere i training.
 - Forhindrer også effektiv fordeling av arbeidskraft, produktive arbeidstakere til produktive foretak. ‘
 - Vil kunne redusere dynamikken i det aktuelle arbeidsmarkedet og kan ha ødeleggende virkninger hva gjelder innovasjon, da arbeidstakerne ikke går dit de er mest verdifulle.

5. Formål eller virkning?

Kommisjonens vurdering

■ Avtalens innhold:

- Kommisjonen likestiller wage-fixing og no-poach avtaler med buyers' cartel, ettersom førstnevnte vil falle innunder Artikkel 101(1)(a) TFEU som en form for innkjøpsprissamarbeid og sistnevnte innunder Artikkel 101(1)(c) som en form for supply-source sharing.

■ Avtalens formål:

- Fokuset er her rettet mot hvilke legitime formål partene kan tenkes å trekke frem som eksempelvis beskyttelse av forretningshemmeligheter.
- Det konkluderes på at det er "unlikely" at avtalen ikke utgjør en formålsovertredelse grunnet dette. Knyttes blant annet til at det faller innunder 101(1) (a) og (c) og at det ikke er tilstrekkelig at avtalen også har legitime formål.
- Det vises også eksempelvis non-compete, som en mindre restriktiv måte.
- Det gis noen konkrete eksempler på når partenes intensjon vil vektlegges.

Kommisjonens vurdering

- Rettslig og økonomisk kontekst:
 - Påpeker at det vil case-by-case assessment, men det sies at ettersom avtalene faller innunder henholdsvis Artikkel 101(1)(a) og (c) vil Kommisjonen begrense sin vurdering til det som er strengt nødvendig.
 - Påpeker at generelt, hva gjelder “nature of the services”, er arbeidskraft “fundamental factor of production and the ability to attract talent is a key competitive parameter”
 - Hva gjelder “the functioning and structure of the market” trekkes det frem at “the fact that the parties entered into an agreement restricting labour mobility may in itself suggest that there is talent scarcity”
 - Det er ikke nødvendig å vurdere nedstrømsmarkedet tilsvarende.
 - Mulige positive virkninger trekkes frem dersom de er “if they are demonstrated, relevant, sufficiently related to the restraint, and sufficiently significant to justify a reasonable doubt that the agreement caused a sufficient degree of harm to competition”.
 - Vurderer dette som lite sannsynlig for wage-fixing og noe mer sannsynlig for no-poaching. Generelt virker det lite sannsynlig at dette skal føre frem gitt alternative, mindre restrictive måter å oppnå det samme.
 - Alle former for no-poach avtaler “are likely to be restrictions of competition by object, as they all are explicitly prohibited under Article 101(1)(c) TFEU, have the anticompetitive objective of preventing employees from freely moving between competing employers and/or increase employees’ search costs and thereby almost invariably cause economic harm to employees and to the market structure”

6. Ancillary restraints

Ancillary restraints

- Denne type argumenter vil kunne oppstå i både horisontale og vertikale avtaleforhold.
- Det oppstilles fire kumulative vilkår der partene har bevisbyrden.
- Domstolen har tolket de fire vilkårene strengt.
- Det kan reises spørsmål ved om dette er i tråd med nyere praksis, eksempelvis EU-domstolens dom i sak Case C-124/21 P *ISU*, som tydeliggjorde at ancillary restraints doktrinen kun kommer til anvendelse på avtaler som ikke har til formål å begrense konkurransen.

7. Effektivitetsgevinster

Effektivitetsgevinster

- Partene har bevisbyrden.
- “Unlikely” å bli unntatt under 101(3).
- Wage-fixing: Vanskelig å argumentere for at denne, “even in principle” type avtaler medbringer positive virkninger.
- No-poach: Noe mer rom for positive virkninger, da denne type avtaler “in principle” løser “investment hold-up”-problemet og/eller beskytte foretakets forretningshemmeligheter.
 - Det påpekes imidlertid at basert på litteraturen er “the net efficiencies at best uncertain”.
- Vilkåret som vil gjøre det vanskelig i praksis er at det etter Kommisjonens vurdering vil finnes mange alternative ordninger som er mindre restriktive.
- Det påpekes endelig at det tydeliggjøres i Kommisjonens Article 101(3) Guidelines at kostnadsbesparelser som stammer “the mere exercise of market power” ikke kan tas tillegges vekt som en kilde til positive virkninger.

8. Oppsummering og hva som ikke nevnes i EU-Kommisjonens policy brief

▪ Oppsummert

- ❑ Sender et tydelig signal om hvordan Kommisjonen vil vurdere wage-fixing og no-poach avtaler som det er verdt å ta innover seg.
- ❑ Generelt vil disse avtalene utgjøre en formålsovertredelse av Art. 101(1) TFEU, selv om det må vurderes fra sak til sak.
- ❑ De er samtidig «unlikely» å utgjøre ancillary restraints. Det oppstilles strenge kriterier.
- ❑ Kommisjonen svært skeptisk til positive virkninger og effektivitetsforsvar hva gjelder wage-fixing avtaler.
- ❑ Noe mer rom, men fortsatt en streng tilnærming til positive virkninger og effektivitetsforsvar hva gjelder no-poach agreements.
- ❑ Net effects er på sitt beste “uncertain” og man vil stort sett kunne benytte mindre restriktive tiltak for å oppnå tilsvarende. Herunder også non-compete.
- ❑ Forventer mest håndheving på nasjonalt plan da markedene ofte er nasjonale, regionale eller lokale.
- ❑ Harmonisert håndheving gjennom ECN-nettverket.

▪ Ikke nærmere omtalt

- ❑ Informasjonsutveksling.
- ❑ Collective bargaining agreements mellom organisasjoner som representerer arbeidsgiver og arbeidstaker er ikke omfattet av Policy Briefet.
- ❑ For fusjonskontrollen vises det til “Commission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations” fra 2005

9. Utvalg av relevante kilder

Utvalgte kilder

- Rapporter og veiledning

- [OECD - Competition Issues in Labour Markets](#) (2020)
- [Portugisiske konkurransemyndigheters rapport om "Labour market agreements and competition policy"](#) (2021)
- [CMA's Guidance "Employers advice on how to avoid anti-competitive behaviour"](#) (2023)
- [CMA's rapport om "Competition and market power in UK labour markets"](#) (2024)
- [Nordisk rapport om "Competition and Labour Markets"](#) (2024)

Utvalgte kilder

- Dokumenter fra Kommisjonen

- [Guidelines on the application of Union competition law to collective agreements regarding the working conditions of solo self-employed persons](#) (2022)
- [Revised Horizontal Guidelines](#) (2023)
- [Antitrust: Commission carries out unannounced inspections in the online food delivery sector](#) (2023)
- [Policy brief "Antitrust in Labour Markets"](#) (2024)

Sp

